

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**FUNDAMENTOS PARA UNA CONCEPCIÓN DE JUSTICIA A
PARTIR DE LA LUCHA ENTRE ESCUELAS JURÍDICAS**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGISTER EN DERECHO
CON MENCIÓN EN POLÍTICA JURISDICCIONAL**

AUTOR

Vivanco Nuñez Pierre Moises

ASESOR

Eduardo Hernando Nieto

LIMA, 2017

RESUMEN

El trabajo de investigación tiene como propósito la elaboración de los Fundamentos para una nueva concepción de justicia a través de la lucha de escuelas jurídicas, a fin de evitar la inconmensurabilidad de los diálogos jurídicos en un proceso judicial que conlleva a resolver el conflicto a través de la imposición de algún tipo de justicia que no necesariamente es coherente y consistente a la concepción de justicia que tienen los procesados, lo cual conlleva a superar el mencionado problema con el derecho propuesto en la presente tesis: “Toda persona tiene derecho a elegir, a guiarse y a ser sometido bajo una determinada concepción de justicia coherente y consistente”, esto implica que el procesado, quién piensa, habla y actúa bajo una determinada concepción de justicia sea juzgado en conformidad a un determinado sistema de administración de justicia coherente y consistente. Para el desarrollo y ejecución de la tesis, se ha utilizado la metodología de la concepción informática de Solomnof y el método axiomático aplicado a las ciencias sociales, con el objetivo de verificar las propiedades básicas de una teoría; por lo que los resultados fueron los siguientes: (a) la propiedad de la teoría propuesta carece de completitud, por cuanto no se sabe cuántos tipos de justicia, escuelas jurídicas o fuentes del derecho puedan crearse a futuro, a éste tipo de deficiencia se la denomina incompletitud semántica; sin embargo (b) la teoría en mención ha probado ser consistente y axiomatizable. Es por ello que se llegó a las siguientes conclusiones: (1) Sólo 6 escuelas jurídicas pueden ser consideradas como tales por cumplir sus requisitos básicos; y (2) la escuela de la argumentación jurídica aplicado en el Estado peruano es INCOSISTENTE.

Palabras clave: Concepción de justicia, escuelas jurídicas, método axiomático, inconmensurabilidad de diálogos, sistema de administración de justicia, argumentación jurídica.

ABSTRACT

The purpose of the research work is to elaborate the Fundamentals for a new conception of justice through the struggle of legal schools, in order to avoid the incommensurability of legal dialogues in a judicial process that entails resolving the conflict through the imposition of some kind of justice that is not necessarily coherent and consistent with the conception of justice that the accused have, which leads to overcome the mentioned problem with the right proposed in this thesis: "Every person has the right to choose, guiding and being subjected to a certain conception of consistent and consistent justice, "this implies that the accused, who thinks, speaks and acts under a particular conception of justice, is judged in accordance with a coherent and consistent system of administration of justice. For the development and execution of the thesis, Solomnof's computer conception methodology and the axiomatic method applied to the social sciences have used, in order to verify the basic properties of a theory; the results were as follows: (a) ownership of the proposed theory lacks completeness, since it is not known how many types of justice, legal schools or sources of law can be created in the future, then this type of deficiency is It is called semantic incompleteness; However (b) the theory in question has proved to be consistent and axiomatizable. It is for this reason that the following conclusions were reached: (1) Only 6 legal schools can be considered as such because they meet their basic requirements; and (2) the school of legal argumentation applied in the peruvian State is INCOSISTENT.

Key words: Conception of justice, legal schools, axiomatic method, incommensurability of dialogues, system of administration of justice, legal argumentation.

*A los ángeles que con mucha
paciencia, sacrificio y amor lograron
enseñarme a superar las dificultades
que nos lanza la vida y a entender que
lo más importante son las cosas que no
se pueden percibir con los sentidos,
mis padres.*



AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por haberme guiado durante todo mi camino y darme aquellas fuerzas necesarias para superar aquellas barreras y obstáculos que nos presenta la vida.

A la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por la formación académica, moral e integral, asimismo a sus docentes por el profesionalismo con la que imparten sus conocimientos.

Al Director de la Escuela Académica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, Miguel Pedro Vilcapoma Ignacio, por sus continuas motivaciones y tertulias sobre la cientificidad del Derecho, asimismo por el apoyo moral, académico y sobre todo amical, mis más sinceros agradecimientos.

Agradecer con la misma intensidad al Doctor Gilmer Alarcón, por su paciencia y vocación de maestro investigador de hacer posible mejorar la tesis con sus constantes correcciones oportunas y absolución de continuas preguntas.

De igual manera, agradezco a los doctores: Walter Albán y Eduardo Hernando Nieto, por sus innumerables consejos y observaciones sobre la tesis planteada y sobre todo por sus incondicionales votos de confianza.

A mis hermanos Omar y Héctor, que en mis noches de madrugada académica estuvieron siempre animándome y dándome palabras de aliento.

Y por supuesto a mis amigos que en más de una oportunidad me motivaron e impulsaron a especializarme en un área no muy bien explorada: La epistemología del Derecho, gracias José Gálvez, Andrés Torpoco.

Finalmente, el agradecimiento a todas aquellas personas que académica y amicalmente me han dado el aliento necesario para llevar a cabo la presente investigación, en especial a Ana Palomino y Raúl Palomino.

ÍNDICE TEMÁTICO

| | |
|--|-----------|
| RESUMEN | 2 |
| ABSTRACT | 3 |
| DEDICATORIA | 4 |
| AGRADECIMIENTOS | 5 |
| | |
| INTRODUCCIÓN | 13 |
| | |
| CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA | 18 |
| 1.1. Descripción de la realidad problemática..... | 18 |
| 1.2. Formulación del Problema | 19 |
| 1.2.1. Problema general..... | 19 |
| 1.2.2. Problemas específicos | 19 |
| 1.3. Justificación de la investigación | 19 |
| 1.3.1. Justificación teórica | 19 |
| 1.3.2. Justificación teórica | 19 |
| 1.4. Objetivos de la investigación..... | 19 |
| 1.4.1. Objetivo general..... | 19 |
| 1.4.2. Objetivos específicos | 20 |
| 1.5. Hipótesis y variables de la investigación | 20 |
| 1.5.1. Hipótesis | 20 |
| 1.5.1.1. Hipótesis general | 20 |
| 1.5.1.2. Hipótesis específicas | 20 |
| 1.5.2. Variables..... | 20 |
| 1.6. Metodología de la investigación..... | 21 |
| 1.6.1. Enfoque metodológico..... | 21 |
| 1.6.2. Prueba de hipótesis | 21 |
| | |
| CAPÍTULO II: CONCEPCIONES DE LA JUSTICIA: ONTOLOGÍA Y PROPÓSITO | 23 |
| 2.1. El propósito de la concepción deontológica | 23 |
| 2.2. El propósito de la concepción utilitarista | 26 |
| 2.3. El propósito de la concepción historicista..... | 27 |
| 2.4. El propósito de la concepción de la justicia como equidad..... | 28 |
| 2.5. El propósito de la concepción analítica | 30 |
| 2.6. El propósito de la concepción divina | 31 |
| | |
| CAPÍTULO III: ESCUELAS JURÍDICAS | 32 |
| 3.1. Demarcación y transdisciplinariedad..... | 32 |
| 2.1.1. La importancia de demarcar las escuelas jurídicas | 32 |
| 2.1.2. Sobre el concepto de demarcación en el derecho..... | 32 |
| 2.1.3. Pluridisciplinariedad, transdisciplinariedad e interdisciplinariedad..... | 33 |
| 2.1.4. Conflicto entre transdisciplinariedad y demarcación..... | 35 |
| 3.2. Determinación del concepto de escuelas jurídica..... | 36 |
| 3.2.1. Elementos de una escuela jurídica..... | 36 |
| 3.2.1.1. El sujeto que estudia..... | 36 |
| 3.2.1.2. El objeto de estudio | 38 |
| 3.2.1.3. El método de estudio | 39 |
| 3.2.1.4. El fin de estudio | 40 |

| | |
|---|----|
| 3.2.1.5. Teoría desarrollada..... | 41 |
| 3.2.2. Criterios de demarcación | 42 |
| 3.2.2.1. Demarcación interna..... | 42 |
| 3.2.2.2. Demarcación externa..... | 43 |
| 3.3. Sobre las mencionadas escuelas jurídicas..... | 45 |
| 3.3.1. Iusnaturalismo..... | 45 |
| 3.3.1.1. Representantes | 45 |
| 3.3.1.2. Objeto, método y fin de estudio..... | 54 |
| 3.3.2. Iushistoricismo | 55 |
| 3.3.2.1. Representantes | 55 |
| 3.3.2.2. Objeto, método y fin de estudio..... | 56 |
| 3.3.3. Escuela anticientífica del derecho | 57 |
| 3.3.3.1. Representantes | 57 |
| 3.3.3.2. Objeto, método y fin de estudio..... | 59 |
| 3.3.4. Iuspositivismo | 59 |
| 3.3.4.1. Representantes | 59 |
| 3.3.4.2. Objeto, método y fin de estudio..... | 62 |
| 3.3.5. Escuela libre del derecho | 63 |
| 3.3.5.1. Representantes | 63 |
| 3.3.5.2. Objeto, método y fin de estudio..... | 63 |
| 3.3.6. Iusociologismo..... | 64 |
| 3.3.6.1. Representantes | 64 |
| 3.3.6.2. Objeto, método y fin de estudio..... | 65 |
| 3.3.7. Iusmarxismo..... | 66 |
| 3.3.7.1. Representantes | 66 |
| 3.3.7.2. Objeto, método y fin de estudio..... | 67 |
| 3.3.8. Tridimensionalismo jurídico..... | 68 |
| 3.3.8.1. Representantes | 68 |
| 3.3.8.2. Objeto, método y fin de estudio..... | 71 |
| 3.3.9. Escuela realista del derecho | 72 |
| 3.3.9.1. Visión general..... | 72 |
| 3.3.9.2. Objeto, método y fin de estudio..... | 77 |
| 3.3.10. Escuela relativista del derecho..... | 78 |
| 3.3.10.1. Representantes | 78 |
| 3.3.10.2. Objeto, método y fin de estudio..... | 79 |
| 3.3.11. Escuela egológica del derecho..... | 80 |
| 3.3.11.1. Representante | 80 |
| 3.3.11.2. Objeto, método y fin de estudio..... | 82 |
| 3.3.12. Escuela de la teoría analítica del derecho | 82 |
| 3.3.3.1. Representantes | 82 |
| 3.3.3.2. Objeto, método y fin de estudio..... | 84 |
| 3.3.13. Escuela de la teoría de la argumentación jurídica | 85 |
| 3.3.13.1. Representantes | 85 |
| 3.3.13.2. Objeto, método y fin de estudio..... | 88 |
| 3.4. Vigencia de las escuelas jurídicas | 89 |

CAPÍTULO IV: CONSISTENCIA DE LAS CONCEPCIONES DE LA JUSTICIA Y LOS ENFOQUES DE LAS ESCUELAS JURÍDICAS 91

| | |
|--|----|
| 4.1. El iusnaturalismo y sus justicias..... | 91 |
| 4.1.1. El iusnaturalismo racional y su concepción deontológica | 91 |
| 4.1.2. El iusnaturalismo teológico y su concepción de justicia divina..... | 91 |

| | |
|--|----|
| 4.2. La escuela histórica del derecho y su concepción historicista..... | 91 |
| 4.3. La escuela anticientífica del derecho y su falta de concepción de justicia..... | 92 |
| 4.4. El iuspositivismo y su concepción analítica..... | 92 |
| 4.5. La escuela libre del derecho y su concepción utilitarista..... | 92 |
| 4.6. El iussociologismo y su concepción utilitarista..... | 93 |
| 4.7. El iusmarxismo y su concepción historicista..... | 93 |
| 4.8. El tridimensionalismo y sus tres concepciones de justicia..... | 93 |
| 4.9. La escuela realista del derecho y sus concepciones de justicia..... | 95 |
| 4.10. La escuela relativista del derecho y su concepción histórica..... | 95 |
| 4.11. La escuela egológica del derecho y su concepción histórica..... | 96 |
| 4.12. La escuela analítica del derecho y su concepción analítica..... | 96 |
| 4.13. La escuela de la argumentación jurídica y su concepción de la equidad..... | 97 |

CAPÍTULO V: FORMAS DE GOBIERNO Y SUS ESCUELAS JURÍDICAS..... 98

| | |
|--|-----|
| 5.1. Formas de Gobierno..... | 98 |
| 5.1.1. Gobierno anarquista..... | 98 |
| 5.1.2. Gobierno teocrático..... | 98 |
| 5.1.3. Gobierno dictatorial..... | 99 |
| 5.1.4. Gobierno monárquico..... | 99 |
| 5.1.5. Gobierno aristocrático..... | 100 |
| 5.1.6. Gobierno de politeia..... | 100 |
| 5.1.7. Gobierno republicano..... | 101 |
| 5.1.8. Gobierno comunista..... | 101 |
| 5.1.9. Gobierno de Estado Constitucional..... | 102 |
| 5.2. Las formas de gobierno y sus concepciones de justicia..... | 102 |
| 5.2.1. Gobierno anarquista y su concepción de justicia histórica..... | 102 |
| 5.2.2. Gobierno teocrático y su concepción de justicia divina..... | 103 |
| 5.2.3. Gobierno dictatorial y su concepción de justicia utilitarista..... | 103 |
| 5.2.4. Gobierno monárquico y su concepción de justicia utilitarista..... | 103 |
| 5.2.5. Gobierno aristocrático y su concepción de justicia utilitarista..... | 103 |
| 5.2.6. Gobierno de politeia y su concepción de justicia utilitarista..... | 104 |
| 5.2.7. Gobierno republicano y su concepción de justicia utilitarista..... | 104 |
| 5.2.8. Gobierno comunista y su concepción de justicia histórica..... | 104 |
| 5.2.9. Gobierno de Estado Constitucional y su concepción de justicia equitativa..... | 105 |
| 5.3. Formas de gobierno y sus escuelas jurídicas..... | 105 |
| 5.3.1. Gobierno anarquista y su falta de escuela jurídica..... | 105 |
| 5.3.2. Gobierno teocrático y su escuela iusnaturalista teológica..... | 106 |
| 5.3.3. Gobierno dictatorial y sus escuelas jurídicas..... | 106 |
| 5.3.4. Gobierno monárquico y sus escuelas jurídicas..... | 106 |
| 5.3.5. Gobierno aristocrático y sus escuelas jurídicas..... | 107 |
| 5.3.6. Gobierno de politeia y sus escuelas jurídicas..... | 107 |
| 5.3.7. Gobierno republicano y sus escuelas jurídicas..... | 107 |
| 5.3.8. Gobierno comunista y su escuela iusmarxista..... | 107 |
| 5.3.9. Gobierno de Estado Constitucional y su escuela de la teoría de la argumentación jurídica..... | 108 |
| 5.4. A manera de conclusión..... | 108 |

CAPÍTULO VI: FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y SUS FAMILIAS JURÍDICAS.....112

| | |
|---|-----|
| 6.1. La función del juez desde la visión de las familias jurídicas..... | 112 |
| 6.1.1. El juez en el civil law..... | 112 |
| 6.1.2. El juez en el common law..... | 113 |

| | |
|--|-----|
| 6.1.3. El juez en la familia religiosa | 114 |
| 6.1.4. El juez en la familia jurídica mixta | 115 |
| 6.1.5. El juez en la familia del soviet law | 116 |
| 6.2. La función del juez después de la Revolución Estadunidense | 117 |
| 6.2.1. El juez de Francia | 117 |
| 6.2.2. El juez de Inglaterra | 118 |
| 6.2.3. El juez de Estados Unidos | 118 |
| 6.2.4. El juez en el Estado Constitucional de Derecho | 119 |
| 6.2.5. El juez en el Estado Jurisdiccional de Derecho | 121 |
| 6.3. Ideología de la función jurisdiccional en las familias jurídicas | 122 |
| 6.3.1. Las fuentes principales en las familias jurídicas | 122 |
| 6.3.2. Identificación de la función jurisdiccional en las familias jurídicas | 123 |

CAPÍTULO VII: MODELOS CONSISTENTES TEORICAMENTE EN BASE A LAS CONCEPCIONES DE JUSTICIA

| | |
|--|-----|
| 7.1. Las escuelas jurídicas y sus fuentes principales de Derecho | 125 |
| 7.1.1. El iusnaturalismo y sus principales fuentes del Derecho | 125 |
| 7.1.1.1. Iusnaturalismo racional y su falta de fuente principal del Derecho | 125 |
| 7.1.1.2. Iusnaturalismo teológico y los libros sagrados | 125 |
| 7.1.2. La escuela histórica y la ley | 125 |
| 7.1.3. La escuela anticientífica del Derecho y su falta de fuente principal del Derecho | 126 |
| 7.1.4. El iuspositivismo y la ley..... | 126 |
| 7.1.5. La escuela libre del Derecho y sus fuentes principales del Derecho | 127 |
| 7.1.6. El iusociologismo y su falta de fuente principal del Derecho..... | 127 |
| 7.1.7. El iusmarxismo y la ley social..... | 127 |
| 7.1.8. El tridimensionalismo y sus fuentes principales del Derecho..... | 128 |
| 7.1.9. La escuela realista del Derecho sus fuentes principales del Derecho | 129 |
| 7.1.10. La escuela relativista y su falta de fuente principal del Derecho..... | 129 |
| 7.1.11. La escuela egológica del Derecho y su falta de fuente principal del Derecho | 130 |
| 7.1.12. La escuela analítica del Derecho y la ley..... | 130 |
| 7.1.13. La escuela de la teoría de la argumentación jurídica y sus fuentes principales del Derecho | 130 |
| 7.2. Modelos consistentes teóricamente | 131 |
| 7.2.1. La escuela del iusnaturalismo teológico | 132 |
| 7.2.2. La escuela libre del Derecho | 133 |
| 7.2.3. La escuela realista escandinava | 135 |
| 7.2.4. La escuela realista estadounidense | 136 |
| 7.2.5. La escuela del iusmarxismo | 138 |
| 7.2.6. La escuela de la argumentación jurídica | 139 |
| 7.3. Escuelas jurídicas progresistas | 141 |
| 7.4. El surgimiento de la problemática principal | 141 |

CAPÍTULO VIII: SUPERACIÓN DE LA INCOMENSURABILIDAD Y LA IMPOSICIÓN DE CRITERIOS DE JUSTICIA ENTRE EL JUEZ Y LAS PARTES

| | |
|--|-----|
| 8.1. Problemáticas en la forma de administrar justicia | 143 |
| 8.2. Criterios para resolver los conflictos desde cualquier perspectiva jurídica | 143 |
| 8.3. Libertad sobre la elección de administración de justicia | 147 |
| 8.4. Sistema de identidad de los miembros de escuelas jurídicas..... | 148 |
| 8.5. Identificación de reglas | 150 |

| | |
|----------------------------------|-----|
| 8.6. A manera de conclusión..... | 151 |
|----------------------------------|-----|

CAPÍTULO IX: FUNDAMENTOS PARA UNA CONCEPCIÓN DE JUSTICIA A PARTIR DE LA LUCHA ENTRE ESCUELAS JURÍDICAS154

| | |
|---|-----|
| 9.1. Nociones de una tesis teórica | 154 |
| 9.2. El método de las investigaciones teóricas..... | 155 |
| 9.2.1. Razones hacia el tema de investigación | 155 |
| 9.2.2. El método axiomático | 156 |
| 9.2.2.1. Elementos del sistema axiomático | 157 |
| 9.2.2.2. Propiedades del sistema axiomático | 159 |
| 9.3. Fundamentos teóricos | 160 |
| 9.3.1. Fundamentos sobre los elementos de la tesis teórica | 160 |
| 9.3.2. Fundamentos sobre las propiedades de la tesis teórica | 166 |
| 9.3.2.1. Fundamento de consistencia..... | 166 |
| 9.3.2.2. Fundamento de resolución de problemas o completitud..... | 167 |
| 9.3.2.3. Fundamento de estructuración de axiomas..... | 167 |
| 9.4. Una concepción de justicia a partir de la lucha de escuelas jurídicas..... | 168 |

CAPÍTULO X: FUNCIONALIDAD PRÁCTICA DE LA NUEVA CONCEPCIÓN173

| | |
|---|-----|
| 10.1. Múltiples formas de administrar justicia..... | 173 |
| 10.1.1. Visión general | 173 |
| 10.1.2. Justicia multicultural consistente | 173 |
| 10.2. Organización de la función jurisdiccional..... | 175 |
| 10.2.1. Determinación de los perfiles respecto al juez..... | 175 |
| 10.2.2. Determinación de las políticas jurisdiccionales..... | 177 |
| 10.3. Progreso universitario | 178 |
| 10.3.1. Observatorio universitario de la función jurisdiccional | 178 |
| 10.3.2. Mejoramiento de la enseñanza jurídica | 180 |
| 10.3.3. Líneas de investigación..... | 183 |
| 10.4. Sistematización de la investigación jurídica | 183 |
| 10.4.1. Demarcación entre la filosofía, epistemología y ciencia de la ciencia jurídica..... | 183 |
| 10.4.2. Tipos de investigación en la actualidad | 188 |
| 10.4.2.1. Epistemología jurídica de primer nivel | 188 |
| 10.4.2.2. Epistemología jurídica de segundo nivel | 188 |
| 10.4.2.3. Epistemología jurídica de tercer nivel..... | 189 |
| 10.4.2.4. Epistemología jurídica de cuarto nivel | 189 |
| 10.5. Una concepción de justicia en espera..... | 190 |

CAPÍTULO XI: ANÁLISIS DE LA ESCUELA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA VIGENTE EN EL PERÚ PARA LA MEJORA DE SU POLÍTICA JURISDICCIONAL.....192

| | |
|--|-----|
| 11.1. Introducción | 192 |
| 11.2. Análisis de su organización jurisdiccional..... | 193 |
| 11.2.1. Análisis de los perfiles de sus jueces | 193 |
| 11.2.2. Análisis de sus políticas jurisdiccionales | 196 |
| 11.3. Análisis de las universidades | 197 |
| 11.3.1. Análisis de su observatorio universitario..... | 197 |
| 11.3.2. Análisis de su enseñanza jurídica | 198 |
| 11.3.3. Análisis de sus líneas de investigación | 199 |
| 11.4. Análisis de sus investigaciones..... | 200 |
| 11.5. Conclusión del análisis..... | 201 |

| | |
|---|------------|
| CONCLUSIONES | 203 |
| RECOMENDACIONES | 204 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 205 |
| ANEXOS | 215 |
| Anexo 1: Matriz de consistencia | 216 |



ÍNDICE DE FIGURAS

| | |
|--|-----|
| Figura 1. Triada consistente de la concepción de justicia divina: Modelo 1 | 109 |
| Figura 2. Triada consistente de la concepción de justicia utilitarista: Modelo 2 | 109 |
| Figura 3. Triada consistente de la concepción de justicia histórica: Modelo 3 | 110 |
| Figura 4. Triada consistente de la concepción de justicia como equidad: Modelo 4 | 110 |
| Figura 5. Modelo consistente de la escuela iusnaturalista teológica..... | 132 |
| Figura 6. Modelo consistente de la escuela libre del Derecho | 133 |
| Figura 7. Modelo consistente de la escuela realista escandinava | 135 |
| Figura 8. Modelo consistente de la escuela realista estadounidense | 137 |
| Figura 9. Modelo consistente de la escuela iusmarxista..... | 138 |
| Figura 10. Modelo consistente de la escuela de la teoría de la argumentación jurídica.. | 139 |
| Figura 11. Lucha por la consistencia entre escuelas jurídicas..... | 171 |
| Figura 12. Función intelectual del filósofo del Derecho | 185 |
| Figura 13. Función intelectual del epistemólogo del Derecho (metodólogo)..... | 186 |
| Figura 14. Función intelectual del epistemólogo del Derecho (otros) | 186 |
| Figura 15. Función del científico del Derecho | 187 |
| Figura 16. Filtro de las supuestas escuelas jurídicas | 191 |
| Figura 17. Análisis del sistema de administración de justicia peruano | 192 |



INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como propósito establecer los fundamentos de una nueva concepción de justicia a partir de la lucha entre escuelas jurídicas, a fin de que se evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia dentro de un proceso judicial.

La metodología que se utilizó para elaborar la teoría propuesta fue a través de la concepción de la informática, un método que según Jesús Mosterín sirve para comprimir grandes cantidades de información y plasmarlos en modelos, formulas, algoritmos, axiomas, principios o ecuaciones, es decir, sintetizar en forma sistemática la información que está desordenada.

La concepción de la informática desarrollada por Solomnoff establece 4 propiedades que debe probarse para que alcance el estatus de teoría, estas son: (a) consistencia, (b) completitud, (c) axiomatizable y (d) categoricidad o polifomicidad, de las cuales aclara el profesor Mosterín que:

- (1) La propiedad “d” es consecuencia de la elaboración de la teoría, que sólo tiene el fin de explicar si los elementos con los cuales ha sido elaborado la teoría son semejantes o heterogéneos, de tal suerte que puede ser prescindible.
- (2) Que una teoría no puede tener las tres propiedades, sino tan sólo dos de tres, esto es porque Kurt Godel a través de su artículo Teoremas de la incompletitud demostró que todo sistema axiomático o bien puede ser: (a) consistente y completo, pero no axiomatizable; (b) consistente y axiomatizable, pero no completo; o (c) completo y axiomatizable, pero no consistente.

Asimismo, la concepción de la informática evidencia las propiedades que debe tener una teoría, más no explica cómo ha de elaborarse, por lo que deja a una libertad por parte del investigador el método específico o los pasos para comprimir la información que desee, de esa manera, hemos utilizado el método axiomático aplicado a las ciencias sociales.

Por lo tanto, para fundamentar nuestra teoría o nueva concepción de justicia se debe cumplir con: (a) tener dos de las tres propiedades y (b) haber realizado la axiomatización formal sobre la teoría, requisitos que se han demostrado sobre nuestra tesis tal como se muestra en el capítulo IX.

Ahora bien, la investigación está compuesta por once capítulos, las cuales explicaremos brevemente de qué trata cada una de ellas; el primer capítulo denominado “Planteamiento del problema” explica sobre la descripción de la realidad problemática respecto a las formas de resolver un proceso judicial y cómo el sistema llega a doblegar la concepción de justicia que tienen las partes del proceso o la del juez, asimismo presenta la formulación de los problemas, los objetivos, hipótesis, variables y metodología de la investigación, a fin de que el lector pueda tener una visión clara y precisa acerca de lo que se está problematizando, cómo solucionar la problematización, y finalmente, explicar con qué tipo de método investigación se hará posible la demostración de la tesis.

El segundo capítulo denominado “Concepciones de la justicia: ontología y propósito”, está dedicado a describir en forma puntual las diferentes y más importantes concepciones de justicia que se han teorizado hasta el momento, tales como la: deontológica, utilitarista,

historicista, como equidad, analítica y divina; para finalmente evidenciar cuál es su propósito o la razón por la que fue teorizada.

Respecto al tercer capítulo denominado “Escuelas jurídicas”, ha sido elaborado con la finalidad de esclarecer en un primer momento a qué se denomina escuela jurídica en sentido estricto, ya que ésta debe diferenciarse de las ramas auxiliares del Derecho, los movimientos jurídicos o corrientes jurídicas; por lo que, al hacer la demarcación entre ellas, se tuvo que implantar y crear criterios coherentes entre sí.

Las creaciones de dichos criterios están basadas en: (1) los elementos que debe tener obligatoriamente una escuela jurídica; (2) una demarcación interna, para poder diferenciarla de las ramas auxiliares, corrientes y movimientos jurídicos; y (3) una demarcación externa, para poder demostrar qué escuela jurídica está en progreso y cuál en una degeneración.

Luego de hacer una determinación de lo que es una escuela jurídica, se pasó a analizar a las 13 supuestas escuelas jurídicas respecto a su objeto de estudio, método de estudio y fin de estudio, tarea que no fue nada sencilla, porque los autores de cada escuela jurídica no evidencian o ponen en claro los tres elementos antes citados, por lo que se tuvo que deducir cada una de ellas a través de sus obras principales.

Finalmente, tras rastrear el objeto, método y fin de estudio de cada escuela jurídica, se hizo un feedback a fin de saber cuántas de las escuelas analizadas tenían esos tres elementos sin ambigüedades, llegando a la conclusión que sólo tres no pasaban el filtro, dichas escuelas jurídicas fueron: la escuela anticientífica del derecho, la escuela tridimensionalista y la escuela relativista del derecho; asimismo en el aparatado final de dicho capítulo se problematiza respecto a saber cómo determinar la demarcación externa de las supuestas escuelas jurídicas que pasaron el primer filtro, aperturando nuevos debates que serán resueltas en el capítulo V y VI de la tesis en curso.

En el cuarto capítulo denominado “Consistencia de las concepciones de la justicia y los enfoques de las escuelas jurídicas”, se realizó un silogismo con las premisas obtenidas del capítulo II, específicamente sobre el propósito de las concepciones de justicia y con las premisas obtenidas del capítulo III, específicamente sobre el fin de estudio de cada escuela jurídica, para así obtener 13 conclusiones que demuestran a qué tipo de concepción de justicia le corresponde a cada supuesta escuela jurídica.

Al quedar pendiente la problematización del capítulo tercero, en el quinto capítulo denominado “Formas de gobierno y sus escuelas jurídicas” lo que se intenta es delimitar a qué forma de gobierno le corresponde una determinada escuela jurídica y viceversa, dicho en pocas palabras, con qué escuela jurídica funciona una determinada forma de gobierno, por lo que, para llegar a establecer lo mencionado, primero fue necesario establecer qué concepción de justicia utiliza una determinada forma de gobierno, para luego recién realizar una conexión entre escuela jurídica y forma de gobierno a través del común denominador: concepción de justicia.

Con el sexto capítulo denominado “Función jurisdiccional y familias jurídicas”, lo que se pretende es desarrollar una conexión entre la función jurisdiccional de diferentes sistemas jurídicos a través de las familias jurídicas que existen a nivel mundial, para así delimitar cómo es que administran justicia y ejecutan su acción los operadores del derecho independientemente de conocer la realidad de cada país, es decir, saber la forma en cómo administra justicia un Estado con tan sólo saber la familia jurídica a la que pertenece.

Entonces, para identificar los sistemas de administración de justicia con tan sólo saber a la familia jurídica a la que pertenece, debe saberse los tipos de fuentes principales del Derecho que utilizan tanto las administraciones de justicia específicas y las familias jurídicas, para luego, sabiendo el uso de las herramientas que utilizan los jueces del modelo Francés, Inglés, Estadounidense, Socialista, Constitucionalista, Jurisdiccional de Derecho o Religioso, recién se podrá hacer la conexión entre función jurisdiccional y familia jurídica, pues el común denominador es la fuente principal que utilizan ambos.

Ya en el séptimo capítulo denominado “Modelos consistentes en base a las concepciones de justicia”, en primer lugar se demostrará qué fuentes principales del Derecho utilizan las supuestas escuelas jurídicas, para ello se aplicará un silogismo entre las premisas del capítulo tercero, específicamente sobre el método de estudio, con las premisas del capítulo sexto, específicamente sobre las fuentes del derecho que utilizan las familias jurídicas, obteniendo así una conclusión concreta y coherente.

En segundo lugar, se pasó a demostrar que no todas las supuestas escuelas jurídicas tienen una consistencia teórica entre las conexiones antes investigadas, es decir, la relación entre una escuela jurídica con: (a) una concepción de justicia, (b) una forma de gobierno, (c) una o más fuentes del Derecho y (d) una familia jurídica; por lo que sólo seis escuelas jurídicas fueron consistentes entre los elementos antes expuestos.

En tercer lugar, se pasó a clarificar teóricamente cuándo se trata de una escuela progresista, degenerativa o en potencia con los elementos antes expuestos, surgiendo así la problemática indispensable de resolver: ¿cómo podemos saber cuál de las seis escuelas jurídicas que son consistentes es progresista y degenerativa si no existe una comparación justa entre ellas, sino que sólo hay una imposición de utilizar cualquiera de ellas por el cambio de régimen o forma de gobierno?

De esa manera, al final capítulo en curso se justificará y se encaminará a replantear lo que realmente se tiene que resolver, surgiendo así la problemática principal de la tesis: **¿Es posible fundamentar una nueva concepción de la justicia a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia?**, por lo que para responder dicha pregunta, primero deberemos demostrar **si es posible superar la inconmensurabilidad de diálogos y la imposición de criterios de justicia entre el juez y las partes**, el cual será motivo de justificación en el capítulo VIII.

El octavo capítulo denominado “Superación de la inconmensurabilidad y la imposición de criterios de justicia entre el juez y las partes” se demuestra que sí es posible afrontar la discusión sobre la imposición de criterios de justicia, siempre en cuando al hombre se le reconozca el siguiente derecho: “Toda persona tiene derecho a elegir, a guiarse y a ser sometido bajo una determinada concepción de justicia coherente y consistente”; de lo contrario todo sistema de justicia se basaría en la imposición de criterios irracionales o de intereses particulares.

Asimismo, se resuelven otras problemáticas que fueron formuladas en los distintos capítulos de la tesis, a razón de que son preguntas que se interrelacionan a una sola vos de respuesta, y finalmente del capítulo en análisis se plantearon 29 reglas en forma de

proposición argumentativa que coadyuvan a cimentar en forma resumida la nueva concepción de justicia.

En el capítulo IX denominado “Fundamentos para una concepción de justicia a partir de la lucha entre escuelas jurídicas” es donde se justifica y demuestra que sí es posible desarrollar una teoría como la que proponemos, porque: (a) cumple con dos de las propiedades que debe tener una teoría, es decir, que es consistente y axiomatizable, pero no completo; y (b) porque puede ser reducida a un sistema axiomático formal, esto es a través de la lógica formal y la interpretación del dominio para saber la verdad o falsedad.

Pero al demostrar que no cumple con la propiedad de ser completa, la teoría debe complementarse con los axiomas no formalizados, los cuales vienen a ser las 29 reglas en forma de proposición argumentativa que en el capítulo VIII se había demostrado, para que así la teoría tenga mayor poder de eficacia y eficiencia sobre sus predicciones.

Respecto al capítulo X cuya denominación es “Funcionalidad práctica de la nueva teoría”, se describe la forma en cómo la teoría puede ser aplicada en distintas áreas de la cotidianidad social, de las políticas jurisdiccionales, en la enseñanza jurídica, en la vigilancia de las instituciones jurisdiccionales y sobre todo en la demarcación entre lo que es un filósofo del Derecho, epistemólogo del Derecho y un científico del Derecho, a fin de saber sus actividades académicas específicas de cada uno de ellos.

Al probar que la teoría de la justicia propuesta por el tesisista tiene aplicaciones prácticas, demuestra que no es sólo una teoría romántica, sino que es necesario que los investigadores del derecho comiencen a encaminarse a realizar investigaciones más consistentes y aplicables para su sistema de justicia, pues una de las falencias en la investigación jurídica es que el tesisista o iniciado no sabe qué investigar, por qué investigar, y finalmente para qué investigar.

Finalmente, en el capítulo XI denominado “Análisis de la escuela argumentación jurídica vigente en el Perú para la mejora de su política jurisdiccional”, lo que se hace es analizar una escuela en específica mediante nuestra teoría, es decir, si cumple con los estándares básicos que pregonan su sistema, por tal razón, utilizamos como fundamento a nuestra teoría para afirmar si la escuela es CONSISTENTE o no la es.

Al realizar el análisis de la Escuela de la Argumentación Jurídica, pudimos comprobar que el Estado peruano a través de sus operadores del Derecho, especialmente de sus jueces, no está siguiendo una política jurisdiccional y un sistema de administración de justicia de Estado Constitucional de Derecho, sino que hasta la actualidad continúa siendo un sistema de administración de justicia utilitarista, por lo que después de dicho análisis se ha brindado algunas sugerencias para que los investigadores y seguidores de la escuela de argumentación jurídica puedan subsanar las falencias demostradas.

Una vez que hemos explicado de qué trata cada capítulo, podemos decir en forma resumida que el primer capítulo está dedicado a la metodología y planteamiento del problema; luego que del capítulo dos al seis están direccionados a analizar lo que debe tener una escuela jurídica en sentido estricto; del capítulo siete al nueve destinados a demostrar: (a) la construcción de la nueva concepción de justicia, (b) a resolver las preguntas que generan conflicto entre la inconmensurabilidad de diálogos dentro de un proceso judicial, y (c) demostrar mediante la lógica formal que la teoría propuesta cumple con dos de las tres propiedades que debe tener una teoría.

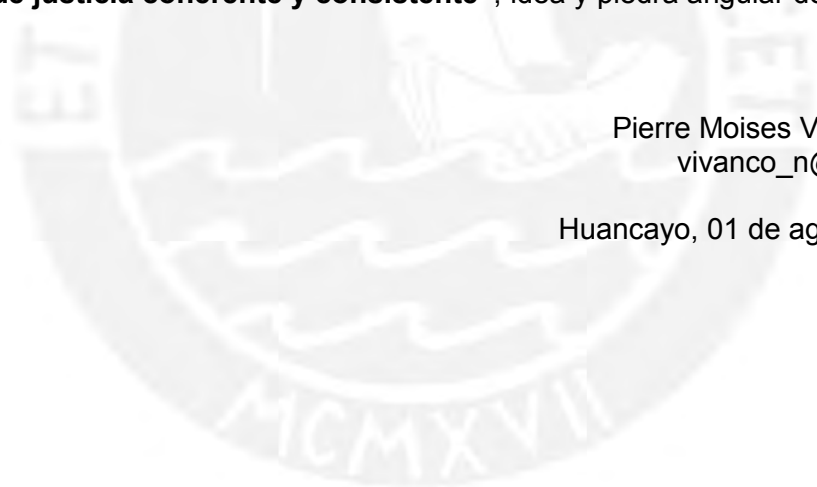
Y finalmente, con el capítulo diez y once, enfocados en exponer la aplicación y los aportes que puede brindar la nueva concepción de justicia a partir de la lucha entre escuelas jurídicas.

Por lo expuesto, a manera de sugerencia, recomendamos que la presente tesis puede leerse de tres maneras: (a) para aquellos que deseen saber de forma inmediata los aportes prácticos que brinda la nueva concepción, deberán leer del capítulo XI al capítulo II, es decir de atrás para adelante; (b) para aquellos que deseen saber de forma inmediata si la teoría propuesta cumple con los requisitos que debe tener una teoría en sentido estricto, deberán leer la tesis en el siguiente orden de capítulos: IX, VIII, VII, para que después lean los capítulos II al VI, que evidencian los requisitos que debe tener una escuela jurídica, o en todo caso lean los capítulos X y XI, que tratan sobre la aplicación práctica de la teoría; y finalmente (c) para aquellos que gustan saber cómo una idea va evolucionado y toma cuerpo durante una tesis, comience del capítulo II al XI.

Para culminar, la teoría expuesta en la presente tesis, ha sido producto de 4 años de dedicación y sacrificios, pero lo que más nos satisface no es el haberla culminado, porque aún faltan las respectivas críticas y refutaciones para seguir evolucionado las ideas centrales de la teoría expuesta, sino que se halla evidenciado un derecho que estaba escondido, un derecho que todos sabíamos que lo teníamos internamente, pero que por los paradigmas actuales no lo hemos podido poner en evidencia, ése derecho es: **“Toda persona tiene derecho a elegir, a guiarse y a ser sometido bajo una determinada concepción de justicia coherente y consistente”**, idea y piedra angular de toda nuestra teoría.

Pierre Moises Vivanco Nuñez
vivanco_n@hotmail.com

Huancayo, 01 de agosto del 2017



CAPÍTULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

Uno de los problemas que enfrenta la Política Jurisdiccional es sobre los múltiples enfoques para comprender la justicia al momento de resolver los casos concretos que pueden llegar a los diferentes fueros jurisdiccionales: Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Consejo Nacional de la Magistratura, Jurado Nacional de Elecciones, Comunidades Campesinas y Nativas, etc.

Éste problema surge por la proliferación de las concepciones de justicia que tienen los jueces y las partes dentro de un proceso judicial, y pese a que operadores del Derecho no tomen en consideración dicho elemento dentro de un proceso judicial, éste elemento viene a ser el más fundamental y determinante para establecer lo que es justo e injusto, independientemente si lo prescribe la norma o no.

Cada concepción de justicia se evidencia en una determinada escuela jurídica, y como cada escuela tiene fundamentos filosóficos, epistemológicos y metodológicos diversos unas a otras, el resultado de un conflicto jurídico también será distinto, pues como dijimos, aunque las partes de un determinado proceso no sepan certeramente a qué tipo de escuela jurídica pertenecen, ellos ponen en práctica cualquier escuela jurídica para resolver un caso concreto, y es allí donde se presentan las dificultades.

Las partes ingresan a un proceso judicial (en sentido lato) con una determinada concepción de justicia, que aunque no lo sepan y conozcan su nombre o concepción, sí tienen una noción de lo que para ellos es justicia, pero al egresar o durante el proceso comienza un quebrantamiento sobre su concepción de justicia y comienza a aplicarse o imperar la justicia formal del Estado, la cual presenta dificultades inmediatas para resolver el caso concreto para que finalmente después de todo el proceso, tanto el juez como las partes aunque pertenezcan a una escuela jurídica distinta al del paradigma que es aplicado por la administración de justicia, simplemente terminan doblegándose ante ella (al paradigma).

Y en el supuesto caso en que el caso concreto sea de difícil solución, lo que hace el juez es argumentar a favor hacia una de las partes, cuya respuesta terminará en un desagrado por la justificación o incertidumbre en la forma de su resolver, generando la siguiente frase: lo que es justo para mí, no lo es para mi oponente y viceversa, esto es porque no hay un límite de demarcación.

Si bien, debemos regirnos ante un modelo, un esquema de justicia, por qué dicha concepción de justicia no se encuentra de forma explícita en nuestra carta fundamental o en las leyes orgánicas; esto conlleva a que cualquier concepción de justicia puede prevalecer de acuerdo al acomodo de los argumentos jurídicos, o que la justicia se dé por las presiones de los medios de comunicación, de la economía, de la política, etc.; el problema que se detecta entonces, no es el de atacar al sistema paradigmático del Estado y consecuentemente a su concepción de justicia que esté utilizando, sino que no existen administraciones de justicia que resuelvan los problemas ante las concepciones de justicia de los diferentes ciudadanos.

Por ello, es que nosotros formulamos la siguiente pregunta de investigación: ¿Es posible fundamentar una nueva concepción de la justicia a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la

inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia?

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Problema general

- ¿Es posible fundamentar una nueva concepción de la justicia a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia?

1.2.2. Problemas específicos

- ¿Se puede generar una concepción de la justicia que sea consistente entre todos sus elementos a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia?
- ¿Se puede resolver todos los problemas jurídicos mediante la nueva concepción de la justicia a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia?
- ¿Se puede estructurar axiomas para realizar una nueva concepción de la justicia a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia?

1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. Justificación teórica

La presente investigación ayudará a reformular la idea de justicia a partir de los fundamentos filosóficos, epistemológicos y metodológicos de las escuelas jurídicas con la finalidad de no generar discusiones bizantinas o innecesarios entre las partes y el juez dentro de un proceso judicial, respetando los límites o demarcaciones de lo que entienden ellos mismos por justicia desde sus escuelas jurídicas, pese a que no hayan llegado a teorizar sus perspectivas jurídicas o en todo caso de saber académicamente su posición, pero que finalmente la ponen en práctica al petitionar un derecho las partes y cuando fundamenta razones el juez(ces) en su sentencia.

1.3.2. Justificación práctica

Al haber reformulado la idea de justicia desde las escuelas jurídicas de las partes y el juez de un proceso, se estará respetando el principio fundamental que debe y tiene cada persona: el derecho a tener una concepción de justicia, la que conlleva a que sea juzgado de acuerdo a los tratamientos, métodos y herramientas de dicha concepción; para que así las personas a pesar de tener diferentes perspectivas o un paradigma de una determinada concepción de justicia traducida en escuela jurídica no someta o se someta a las reglas de otro paradigma, sino que encontrarán una solución desde sus escuelas jurídicas.

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Objetivo general

- Buscar la posibilidad de fundamentar una nueva concepción de la justicia a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia.

1.4.2. Objetivos específicos

- Verificar la posibilidad generar una teoría de la justicia que sea consistente entre todos sus elementos a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia.
- Estudiar la posibilidad de resolver todos los problemas jurídicos mediante una nueva teoría de la justicia a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia.
- Examinar la posibilidad de estructurar axiomas para realizar una nueva teoría de la justicia a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia.

1.5. HIPÓTESIS Y VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. Hipótesis

1.5.1.1. Hipótesis general

- **Si es posible fundamentar una nueva concepción de justicia** a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia **siempre en cuando cumplan dos de los requisitos de una teoría que son la consistencia, la resolución de problemas y la axiomatización.**

1.5.1.2. Hipótesis específicas

- **Si se puede generar una nueva teoría de la justicia consistente entre todos sus elementos** a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia.
- **Sí se puede resolver todos los problemas jurídicos con una nueva teoría de la justicia** a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia.
- **Sí se puede estructurar axiomas para realizar una nueva teoría de la justicia** a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia.

1.5.2. Variables

Se dice variables independientes por no depender de alguna circunstancia o hecho, al contrario de la dependiente que sí depende de un fenómeno, así se puede afirmar que una determinada escuela jurídica depende de una determinada concepción de la justicia, luego las variables intervinientes son aquellas que intervienen en un fenómeno; por eso se llegó a delimitar la siguiente forma a las variables:

- Variable dependiente: Concepción de justicia
- Variable independiente: Escuelas jurídicas
- Variable interviniente 1: Inconmensurabilidad de diálogos
- Variable interviniente 2: Imposición de algún criterio de justicia

1.6. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.1. Enfoque metodológico

El presente trabajo de investigación tiene una naturaleza filosófico-jurídico (formal), es decir, razonado mediante argumentos lógico-coherentes entre sí, pues como indica Mayorca (2002 :54) el método lógico contiene dos métodos generales: el de análisis y de síntesis, métodos por excelencia, que incluso se podría afirmar que sin ellos sería imposible la filosofía, la literatura y la ciencia misma.

Entre los métodos generales para realizar investigaciones, de acuerdo Bernal y García (2003: 40), tenemos el analítico racional, que consiste en descubrir los elementos de una idea o de una proposición abstracta, como es el caso de la presente tesis.

De esa manera, el método filosófico jurídico es muy distinto a los métodos o enfoques propios del Derecho, y al ser una meta-investigación jurídica, no se analizará una institución jurídica del ordenamiento jurídico, ni se hará un análisis de costo y beneficio sobre conflictos jurídicos, como tampoco el de examinar casuística o en todo extraer datos de la realidad empírica para fundamentar la hipótesis, sino que será una investigación totalmente argumentativa heurística lógica, pero que de todas formas tendrá una comprobación de hipótesis.

Para ello, utilizaremos la concepción de la informática para componer una teoría, asimismo se utilizará el método axiomático para poder establecer un sistema axiomático formal, el cual establezca modelos.

1.6.2. Prueba de hipótesis

Coincidimos que toda investigación –ya sea filosófica, científica o ensayística, etc.- parte con una pregunta que debe ser resuelta, y el problema debe tener por lo mínimo una posible respuesta o hipótesis.

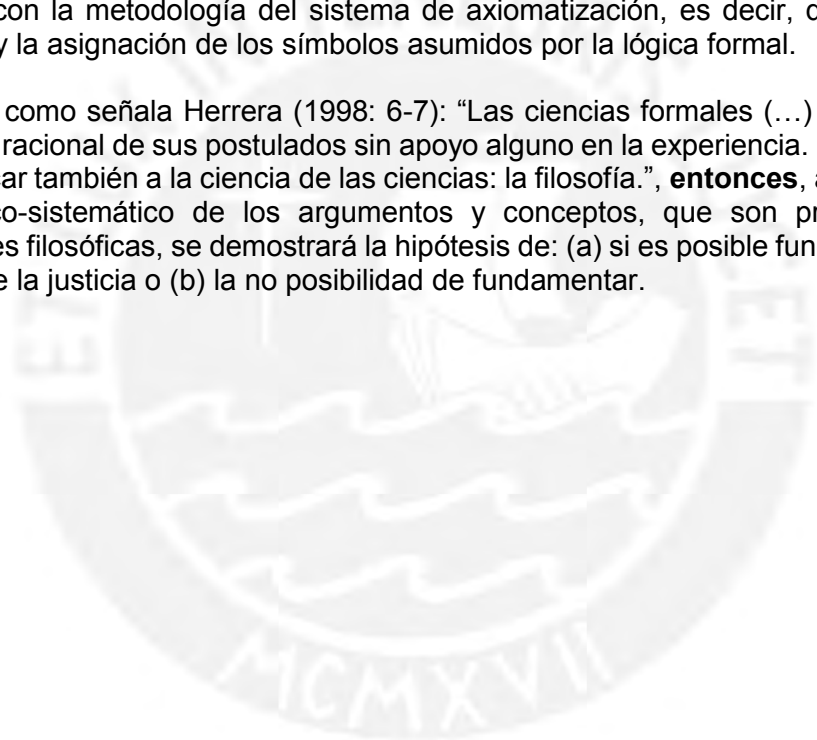
Por lo que, al ser una investigación de naturaleza filosófica-jurídica (en algunos casos también lo denominan teórico) no implica que ésta deba eximirse de demostración, porque como lo explica Popper (1994: 60) en su libro Conjeturas y Refutaciones, a pesar de ser la investigación muy abstracta, verbigracia, la Teoría de Albert Einstein, ésta era factible de refutación, o en todo caso de ser falseada mediante un test o contraejemplo, con la finalidad de rechazar o confirmar la teoría, por ello, el profesor Eddington al realizar la prueba de hipótesis sobre la teoría de Einstein tuvo un resultado exitoso, es decir, de confirmación.

De esa manera, toda teoría (la que se pretende hacer en la presente investigación) debe contener cuatro propiedades básicas: **(a) consistente**, es decir, que sus propiedad cumplan con las leyes de la lógica formal: identidad, no contradicción y tercio excluido, por lo que las formas de resolver un problema o la misma solución no se contradigan entre ellas; **(b) completa**, que pueda responder a todas las problemáticas nacidas en la teoría, dicho en mejores palabras, que si alguien realiza una pregunta o una problemática acerca del núcleo de soluciones de la teoría, la teoría debe responder, caso contrario no es completa; **(c) axiomatizable**, que cualquier conjunto de axiomas, ecuaciones, principios, fórmulas, etc. deben estar clausurados respecto a sus consecuencias, es decir, que los principios deben ser finitos y que las soluciones sean demostrables a partir de los mismos principios y no de otros principios ajenos; y **(d) categórica o polifórmica**, esto implica que los modelos, las ecuaciones, los principios, etc. que pertenecen a un mismo dominio de unidades y estructura son categóricas porque son semejantes entre sí, de lo contrario si son de distintas unidades y/o estructura son polifórmicas (Mosterín 2011: 188-195).

Sin embargo, debemos aclarar que si bien se deben tener en cuenta las propiedades mencionadas, Mosterín recalca que ello es una utopía, ya que a través de la teoría de la incompletitud de Godel se demostró que una teoría sólo puede tener dos de esas propiedades, es decir: “(...) una teoría puede ser consistente y completa, pero entonces no es axiomatizable; la teoría puede ser consistente y axiomatizable, pero entonces no es completa; la teoría puede ser completa y axiomatizable, pero entonces no es consistente.” (2011: 197); al mismo tiempo también llega a decir: “(...) La única condición de las que yo he enunciado aquí que podemos exigir, en cualquier caso, de cualquier teoría, es la consistencia (...)” (2011: 197); por lo tanto, la investigación teórica en el presente caso tornará el sentido o dirección de ser “consistente y completa” o en todo caso “consistente y axiomatizable”.

Asimismo, las propiedades que debe tener una teoría en sentido estricto, deja una carta abierta de posibilidades para poder realizar la composición de fórmulas, modelos, ecuaciones, etc. de las grandes cantidades de información, por lo que en ésta ocasión nos apoyaremos con la metodología del sistema de axiomatización, es decir, de utilizar a la lógica formal y la asignación de los símbolos asumidos por la lógica formal.

Por lo tanto, como señala Herrera (1998: 6-7): “Las ciencias formales (...) [necesitan] la demostración racional de sus postulados sin apoyo alguno en la experiencia. En este grupo podemos ubicar también a la ciencia de las ciencias: la filosofía.”, **entonces**, a través de un proceso lógico-sistemático de los argumentos y conceptos, que son propios de las investigaciones filosóficas, se demostrará la hipótesis de: (a) si es posible fundamentar una concepción de la justicia o (b) la no posibilidad de fundamentar.



CAPÍTULO II CONCEPCIONES DE LA JUSTICIA: ONTOLOGÍA Y PROPÓSITO

2.1. EL PROPÓSITO DE LA CONCEPCIÓN DEONTOLÓGICA

El representante más idóneo para la concepción deontológica de la justicia es el filósofo Immanuel Kant, que desde su obra *Crítica a la razón pura* apertura un debate sobre la libertad y el deber, que desde luego en su obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* explica con mayor énfasis los caminos que debe asumir el hombre sobre los imperativos categóricos mostrando a la autonomía como valor supremo de la moral y consecuentemente la dignidad intrínseca del hombre, para que finalmente en *Crítica a la razón práctica* explique más a fondo el problema de la libertad y la transición de la autonomía hacia una práctica diaria que viene a ser la puesta en práctica de la libertad con responsabilidad.

Al haber realizado un pequeño preámbulo sobre lo que Kant piensa sobre la moral, explicaremos más a detalle sobre ésta concepción a fin de indicar en síntesis que es o que preconiza dicha concepción.

Para comenzar, Kant en **Crítica a la razón pura** diferencia la libertad trascendental de la ley de causalidad, porque la libertad trascendental puede: "(...) admitir una facultad de comenzar por sí una serie de cosas o estados sucesivos (...)" (2007: 526), para llegar a entender dicha cita, debemos entender que para Kant, la ciencia, respecto a las leyes de la naturaleza se explican a través de causas secuenciales o sistematizadas a través de teorías y/o formulas bien elaboradas por el hombre, pero sin que llegue a explicar la causa en sí (noúmeno) o la causa de todos los fenómenos; entonces si se pretende analizar científicamente a la libertad, para Kant es totalmente imposible, porque las decisiones tomadas por el hombre son actos de espontaneidad, actos de libertad, dicho en pocas palabras, son leyes asistemáticas.

Sin embargo, así como Kant nos está diciendo que no se puede analizar científicamente a la libertad, es decir, que pueda ser explicadas a través del análisis de las causas, esto es de una causa hacia otras causas, del ahora hacia atrás, ése estudio no es posible, porque sería una causalidad incondicionada; la libertad sí puede ser analizada a través de hechos empíricos, lo que nos quiere decir es que sí es posible de ser analizada pero desde una razón práctica, porque una decisión al no estar dentro de los efectos naturales (leyes de causalidad), tampoco vienen a ser una continuación de ellas, por lo que cada acción del hombre es un comienzo absolutamente primero, claro no desde el punto de vista de la temporalidad, sino desde un enfoque de causalidad práctica (Kant 2007: 528), es decir, del ahora hacia adelante, para ello se pondrá el siguiente ejemplo:

Si Pedro decide escribir una carta de amor a Rosa, está exento de las causas de la naturaleza, no es que la misma naturaleza o fenómenos causales naturales lo hayan empujado a escribir dicha carta, sino que Pedro ha dado el inicio a una serie de actos infinitos por su responsabilidad de actos ajenos a las de la naturaleza.

De tal suerte con lo explicado, es que Kant hace la distinción entre causalidad: (a) según la naturaleza y (b) según libertad, la primera se la debe entender como la conexión de un estado con otro que le precede, pero dentro del mundo sensible, en cambio el segundo tiene la facultad de iniciar por sí mismo un estado que no está sometida a otra causa en el tiempo, ésta idea trascendental de la libertad en el sentido práctico viene a ser: "(...) la independencia del albedrío, respecto de la coacción por impulsos de la sensibilidad. Pues

un albedrío es sensible en la medida en que es afectado patológicamente (...)” (2007: 594); esto implica que la libertad del hombre no debe ser coaccionado, que sus decisiones no deben ser atacadas, porque ello implica la pérdida del albedrío (voluntad).

Hasta el momento lo que Kant ha querido demostrar es que la causa incondicionada (libertad) que ha producido determinados efectos es imposible de ser estudiada desde una razón teórica pura, sin embargo, sí es posible estudiarla desde una razón práctica pura, lo que en pocas palabras nos quiere decir es que, la causa incondicionada no es pasible de hacer predicciones, sin embargo, sí es pasible de ser estudiada desde una puesta en movimiento del hombre, donde se estudian sus efectos producidos y dar responsabilidad de sus actos.

Dicha responsabilidad ya es abarcada en **Fundamentación de la metafísica de las costumbres** en donde comienza a esclarecer que todo conocimiento racional o bien es (1) formal o (2) material, el primero trata sobre el entendimiento de la razón y las reglas universales, de allí que la que la disciplina que estudia ello es la lógica o filosofía pura, pero debemos aclarar que será denominada así siempre en cuando analice los principios a priori y en cuanto éstos principios las relacione con los objetos empíricos se la llamará: metafísica; mientras que el segundo estudia la relación de los objetos y sus leyes a la que están sometidas (llamada también filosofía empírica), por eso las disciplinas que la analizan son: (a) la física, la cual se enfoca en las leyes de la naturaleza y (b) la ética, que se orienta hacia la libertad -también denominada doctrina de las costumbres- (Kant 1999: 105).

A partir de entonces, Kant explica que las leyes de la libertad deben tener como su objeto de estudio a la “voluntad del hombre”, leyes bajo condiciones que pueden suceder como también no pueden suceder; de tal suerte que cuando se quiere analizar los principios a priori de la libertad se la denominará “Metafísica de las costumbres”, o como algunos prefieren llamar: moral (1999: 107).

Por tal razón Kant quiere elaborar una filosofía de la moral, ya que ésta no ha sido lo suficientemente analizada en Crítica a la razón pura, entonces su preocupación es dar fundamentos a los mandatos de: no debemos mentir, no debemos hacer daño, no debemos matar, no debemos robar, entre otras leyes morales, a razón de que éstas no descansan en lo empírico, ni mucho menos sobre el conocimiento que puede tener el hombre sobre sí mismo, sino que esos principios se fundamentan a través de conceptos a priori, las cuales surgen del ser humano racional (1999: 109), pues él tiene la capacidad de distinguir entre lo bueno y lo malo.

Ahora bien para distinguir lo bueno de lo malo o en todo caso para diferenciar los extremismos de los valores es necesario que el hombre cuente con una “buena voluntad”, para que de ésta forma controle los sentimientos de la arrogancia y los influjos de ánimo que pervierten el buen obrar; y es que la: “(...) buena voluntad es buena no por lo que efectuó o realice, no por su aptitud para alcanzar algún fin propuesto, sino únicamente por el querer, esto es, buena en sí, y considerada por sí misma (...)” (1999: 119).

La buena voluntad entonces al considerarse buena en sí misma sin que busque algún provecho, no necesita ser enseñada, pues ésta se encuentra intrínseca en el hombre racional, sino que necesita de una clarificación ya que no toda buena voluntad está basada o acorde al “deber”, sino que también está acorde a inclinaciones que la motivan (Kant 1999: 125); por ejemplo: si una señorita va todos los días al asilo para realizar ayuda comunitaria y causa de ello va obteniendo poco a poco admiración y popularidad por los

pobladores aledaños, la pregunta sería ¿ella asiste a los ancianos por el deber de cuidar por el hecho de que sean seres humanos o lo hace con la finalidad de tener aceptación y popularidad a través de dicho acto?

La respuesta sería según Kant, que si ella va por popularidad, entonces está utilizando a los ancianos como medios para alcanzar popularidad; mientras si lo hace por el puro deber sin esperar nada a cambio se trata de una buena voluntad, por eso Kant afirma: "(...) una acción (...) por muy conforme al deber, por muy amable que sea, no tiene sin embargo verdadera moral, sino que corre parejas a otras inclinaciones (...)" (1999: 127), de igual forma continua explicando que: "(...) una ley, a saber, fomenta su felicidad, no por inclinación, **sino por deber**, y sólo entonces tiene su conducta el auténtico valor moral" [el resaltado es nuestro] (1999: 129).

La buena voluntad se representa como tal cuando está exenta de coacciones propias o externas, así como de inclinaciones, pero ahora lo que Kant debe resolver es ¿qué tipo de ley debe seguir el hombre?, dicho de mejor manera qué ley debemos seguir por el "deber", por ejemplo, un soldado por el mero deber realiza una guardia nocturna por 6 horas, independientemente que este motivado por inclinaciones, lo que preguntamos ahora es dónde se encuentra dicha ley o reglamento en la que el soldado debe hacer guardia 6 horas, la respuesta es sencilla: cuando una "(...) máxima se convierte en ley universal (...)" (1999: 135); y qué es una máxima, pues viene a ser un principio que considera como buena una persona en particular, por lo que Kant nos está diciendo que contrastemos si mi principio (mi máxima) es totalmente válido con las máximas de los demás seres humanos, por lo que si la respuesta es un sí, entonces es una buena voluntad, porque se encuentra en todas las voluntades humanas, de lo contrario es una perversión.

Entonces al comprender que la voluntad legisladora (máximas universales) se encuentran en todos los seres humanos racionales, en palabras de Kant dichos hombres están "(...) bajo la ley de que cada uno de los mismos debe tratarse a sí mismo y a todos los demás **nunca meramente como medios, sino siempre a la vez como fin en sí mismo (...)**" [el resaltado es nuestro] (1999: 197); esto implica que las personas no deben pasar a un mundo de objetos, en la que se utilizan unos a otros para satisfacer sus necesidades, sino que deben tratarse y tratar con "dignidad".

De allí, que el ser humano al ser tratado como tal implica que como ser racional, el hombre se ve reflejado en otras personas, que al igual que él necesita ser tratado de acuerdo a las máximas universales, es decir, con dignidad, un valor incondicionado; por esa razón Kant afirma: "(...) La autonomía es, así pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda la naturaleza racional" (1999: 203).

A partir del análisis de la dignidad del hombre nacen los conceptos de **autonomía** y **heteronomía**, las cuales se diferencian a razón de que el primero es: "(...) no elegir sino de tal modo que las máximas de la propia elección estén comprendidas a la vez en el mismo querer como ley universal (...)" (1999: 211), esto significa que **el hombre debe elegir** o manifestar sus decisiones a través del "deber" que está sujeto a las máximas universales o voluntad legisladora, que no viene a ser otra cosa que la **buena voluntad**, de allí que se le considera el principio supremo de la moralidad, porque siempre va actuar el hombre de forma correcta, es decir, asume su responsabilidad.

En cambio, cuando se trata de la **heteronomía** hablamos de una voluntad que busca sus máximas a través de entes externos, en otros lugares que no sean de él mismo, por lo que

la voluntad no se sujeta a la ley, sino que la voluntad se somete al objeto que pervierte a la voluntad (Kant 1999: 213), dicho en pocas palabras, el hombre busca justificaciones para su actuar y no quiere hacerse responsable de su actuar, porque no provino la decisión de él mismo.

Por otro lado, también hay que clarificar sobre los “imperativos categóricos” las cuales vienen a ser: “(...) formulas de la determinación de la acción que es necesaria según el principio de buena voluntad (...)” (Kant 1999: 159) que pueden ser por ejemplo: no matar, no mentir, no engañar, no robar, no lesionar, etc.; en cambio los “imperativos hipotéticos” son las que: “(...) solamente la acción es buena para algún propósito posible o real (...)”, que son por ejemplo: no mates porque si no te vas a la cárcel, no robes porque si no tu esposa te abandonará, son actitudes motivadas por inclinaciones perversas.

En **Crítica a la razón práctica** es donde llegamos a la imputación del accionar del hombre, donde no se busca la causalidad sobre los hechos del pasado, sino que por la misma libertad del hombre, él logra interrumpir las leyes naturales por las decisiones tomadas, quien además es dueño de ella, siendo en resumidas cuentas su accionar la causa inicial de los efectos que surjan de ella, por eso que el castigo forma parte de ir en contra de la buena voluntad siendo que: “(...) todo delito, aun sin reparar en las consecuencias físicas respecto del que lo cometió, es punible en sí, es decir, hace indigno de la felicidad (por lo menos en parte), sería notoriamente absurdo decir: el delito ha consistido precisamente en que se ha ganado un castigo, puesto que ha estropeado su propia felicidad (que según el principio del amor a sí mismo debería ser el concepto peculiar de todo delito) (...)” (Kant 2003: A30); con ello nos informa que ir en contra de los imperativos categóricos requiere una sanción justa.

Lo que pretende Kant mediante el texto en análisis es que el hombre deje de actuar por miedo a las represalias o sanciones en contra de los imperativos categóricos, sino que el hombre comience a desarrollarse en base al “deber” (2003: A108-A109); porque sólo así nosotros actuaríamos con responsabilidad y pasaríamos a un plano de mayor realización entre nosotros los mismos hombres, dejaríamos de lado el ardid, el engaño, la matanza, el robo, y comenzaríamos a mejorar como personas.

En conclusión, el propósito de la posición deontológica de la justicia viene a ser el actuar del hombre en base a su autonomía de su voluntad, la cual defiende la dignidad de la persona y los imperativos categóricos que surjan de ella, y caso de incumplir necesita ser sancionado de manera justa a fin de que comprenda que su actuar no solamente ha dañado a otra persona como él, sino que también se ha dañado así mismo porque está pasando de un mundo de personas con dignidad a un mundo de objetos que son tratados como medios para satisfacer sus necesidades o inclinaciones, y un estado así no debe formarse, sino que debe hacerlo a través de la dignidad de la persona.

2.2. EL PROPÓSITO DE LA CONCEPCIÓN UTILITARISTA

La concepción de la justicia basada en el principio de utilidad fue iniciada por **Jeremías Bentham** básicamente en su obra Fragmento sobre el gobierno es aquí donde por primera vez en el prefacio de su obra señala su axioma base: “(...) La mayor felicidad del mayor número es la medida de lo justo y de lo injusto” (1985: 26); con esta primera premisa nos da a entender que la justicia no radica en el accionar del hombre o en la intención o voluntad de hacer el bien, sino que radica en sus efectos, ya que si los efectos producen felicidad en la ciudadanía es porque las leyes, los actos, la moral es justa.

Bentham inicia su discurso apelando a la obediencia que debe existir en un gobierno, ya que si éste respeta los hábitos de obediencia sin llegar a extremos resulta beneficioso (1985: 85); esto es para evitar que sea cual fuera la forma de gobierno que adopte un país, el gobernador debe evitar la realizaciones de planes que afecten a su pueblo, tal es por ejemplo la de crear leyes que conlleven a la ruina inmediata de su nación (1985: 113), y si se aplicase de forma categórica la obediencia al gobernante, simplemente el resultado es nefasto, pero por otro lado si no existe una obediencia, es decir, donde exista constantemente oposiciones al gobernante, se instalaría un estado anárquico (1985: 111), una nación sin reglas, un estado de la prevalencia del fuerte sobre el débil, lo cual debe ser evitado, porque no existe tal tipo de nación.

Entonces nuestro filósofo presenta una respuesta para no caer en extremos: el principio de utilidad, éste principio es el reconciliador para cualquier tipo de gobierno, es decir, de la teoría y su *modus vivendi* (1985: 173), entonces el Derecho y la ley deben reflejar consecuencias que realmente a los hombres les interesa como por ejemplo: dolor, placer, salud, libertad, seguridad, propiedad (1985: 64-65), entonces la población se identificará con los grados de obediencia que realmente le son intrínsecos a ellos, y no impuestos por normas divinas o que en la práctica son imposibles de aplicar.

Un Estado que conserve la voluntad del pueblo y que además dichas leyes estén a favor de los ciudadanos como al mismo tiempo ligue al soberano, de que gobernará acorde a derecho, entonces se plasma un equilibrio de felicidad, porque no sólo ayuda a la nación, sino que al mismo tiempo permite una convivencia feliz, sin embargo, quien desee trasgredir a las leyes, sea ciudadano o gobernante, deben ser castigados tal como afirma Bentham: “(...) **los hombres que no cumplan sus promesas**, se impondrían castigos para hacer que se observen. En beneficio de la comunidad, han de cumplirse las promesas de cada uno de sus miembros, y en el supuesto de que los individuos, en vez de observarlas, las incumplan, **deberán ser castigados**. (...) esto es, el placer y la pena (...)” [el resaltado es nuestro] (1985: 100); con ello el autor ya ha puesto una demarcación cuando una norma es beneficiosa o perjudicial, o cuando lo es, por ejemplo: un plan de gobierno, políticas de estado, regímenes económicos, trámites para adquirir una casa, etc.

Entonces, el pueblo tiene la obligación de obedecer a su gobernante y el gobernante propiciar una felicidad a su nación, caso contrario, si uno de ellos vulnera dicha obligación de obediencia cuyos efectos produzca infelicidad, deberán ser castigados.

En conclusión, el propósito de la concepción utilitarista es guiarse bajo el principio de utilidad, esto es que los efectos que produzca tanto el gobernante como el gobernado sea el mayor grado de felicidad para ambos, ya que en caso contrario si se produce infelicidad a través de cualquier instrumento ya sea un sistema de gobierno, una ley, una directriz, entre otros deberá ser removido dicho instrumento para que no atente la felicidad de la nación, esto es aplicable en cualquier forma de gobierno.

2.3. EL PROPÓSITO DE LA CONCEPCIÓN HISTORICISTA

La concepción histórica de la justicia explica Atienza, que los valores (también los jurídicos) son formados por la tradición (costumbres) y que éstas pueden ir variando o evolucionando de acuerdo al pensamiento y necesidades de las nuevas generaciones frente al orden anterior (1994: 123-124), significa, que los valores jurídicos tales como igualdad, libertad, seguridad entre otros, por los mismos cambios o conflictos sociales están en un constante devenir, nada queda estático.

La concepción histórica de la justicia contiene tres subvertientes como lo explica Atienza: (a) la Escuela Histórica del Derecho, (b) la posición Hegeliana y (c) la posición Marxista. Si bien las tres difieren en la forma de explicar los procesos cambiantes de los derechos, los tres comparten que ellos son productos históricos en base a las relaciones sociales (1994: 123-124).

De esa manera, la Escuela Histórica del Derecho inicia como ciencia jurídica por **Savigny**, quien afirma: «(...) el Derecho es producto del espíritu de un pueblo; (...) no es el producto de la voluntad de un legislador, sino algo que “progresa con el pueblo, se perfecciona con él y por último perece cuando el pueblo ha perdido su carácter” (...)» (citado en Atienza 1994: 123). En pocas palabras, nos trata de decir que el Derecho nace a través de las relaciones sociales y evoluciona de acuerdo a las necesidades del mismo pueblo.

Para **Hegel** todo está en un constante devenir por ello afirma: “(...), la cosa no se reduce a su fin, sino que se halla en su desarrollo, ni el resultado es el todo real, sino que lo es en unión con su devenir (...)” (1987: 8); con ello deducimos que nada está completamente perfeccionado y que necesita de sus contrarios para que se llegue a conocer su verdadera naturaleza, en éste caso el Derecho, más específicamente los Derechos Humanos, éste necesita de sus contrarios para seguir **redescubriendo la naturaleza de ésta misma**.

Y por último, **Marx** a diferencia de Hegel, manifiesta que la metafísica, las ideas, la religión u otros aspectos ideales «(...) no tienen historia, no tienen desarrollo, pero los hombres que desarrollan su producción material y sus relaciones materiales, transforman juntamente con esta realidad suya, su pensamiento con los productos del mismo. No es la conciencia la que determina la vida, sino la vida la que determina la conciencia” (...)» (citado por Abbagnano 1994: 184), ello quiere decir, que los hombres en base a su trabajo y sus relaciones sociales construyen una determinada realidad, así las ideas o el fundamento filosófico, político e inclusive los **Derechos (Humanos) mismos se forman por la praxis material y no viceversa**.

En conclusión, el propósito de la concepción histórica de la justicia entiende que los Derechos no se forman por el Legislador, el Congreso, las Convenciones Internacionales de forma arbitraria o por el capricho de un sector de personas y mucho menos que provengan de la naturaleza (posición iusnaturalista) que guardan características invariables, innatas, atemporales entre otros; sino que **se forman por las necesidades apremiantes de la sociedad o en todo caso a los intereses gubernamentales, pues éstas están sujetas a una temporalidad y a un espacio, la cual el hombre debe darse cuenta a fin de formar una justicia acorde a su verdadero interés**, por lo que si antes existió la esclavitud permitido y legalizado en la Roma Antigua, en la actualidad, la esclavitud está proscrita, y pueda que a un futuro vuelva a permitirse la esclavitud.

2.4. EL PROPÓSITO DE LA CONCEPCIÓN DE LA JUSTICIA COMO EQUIDAD

Rawls con su obra Teoría de la justicia, explica que una sociedad justa debe comenzar a regirse por dos principios básicos: “Primero: Cada persona tiene igual derecho a exigir un esquema de derechos y libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos” (1997: 67-68).

Para mejor entendimiento, el primer principio es entendida del cómo el ciudadano tiene derecho a plantear un esquema de derechos y libertades cooperativos que resulte compatible al mismo tiempo con los demás esquemas realizados por otros ciudadanos, para ésta sea respaldada por los mismos ciudadanos; y el segundo es el principio que nivela las diferencias existentes entre ciudadanos que ocupan puestos y cargos, para que cualquiera tenga acceso por sus competencias, además que cualquier cargo ocupado se realice a favor de los menos favorecidos.

En base a los principios brindados por Rawls se comienza a realizar un consenso entre las razones no públicas que son las doctrinas razonables, religiosas, filosóficas, éticas, sociales, epistemológicas, etc., para luego tener una razón pública que está compuesta por valores políticos y que a partir de ese momento se realizarán debates en foros públicos cuyo contenido gira en torno a los principios constitucionales que fueron formados en la estructura básica (1995: 139-141)

De esa manera, un Estado realiza su constitución o carta fundamental la que será respetado por los miembros de ésta nación, sin embargo, para llegar a un acuerdo de ése tipo, es necesario separarnos de los tratados internacionales versados en Derechos Humanos, sino el destino seguiría siendo el mismo, se seguiría cayendo en el error de la concepción de la justicia deontológica, y si alguien llegará afirmar que la justicia planteada por Rawls es entonces utilitarista, se le diría que no lo es, por cuanto el mismo afirma que: "(...) Las partes (en contraste con las personas de la sociedad) no están movidas por esos deseos e inclinaciones [la de ejercer poder sobre los demás] (...)" (2002 :127); es decir, que evita los principios utilitaristas, y si nuevamente alguien vuelve a preguntar, ¿cómo evita que las personas impongan sus deseos o voluntades egoístas?, la respuesta es sencilla, mediante el velo de la ignorancia producida por la posición original, la cual se puede entender como una situación en la que las personas desconocen qué principios les podrían favorecer o no, a razón de que los principios seleccionados siempre serán en favor de los intereses básicos de una sociedad.

Entonces el tipo de justicia que propone Rawls es una justicia como equidad, por cuanto el afirma: "(...) La justicia como equidad conjetura que los principios que parecerán razonables a esos efectos serán en última instancia los mismos principios que adoptarían los representantes racionales de los ciudadanos, estando sometidos a constricciones razonables, para regular sus instituciones básicas (...)" (2002: 121), esto implica que para formar los principios básicos de una sociedad donde éstos sean libres e iguales prima facie, y que además no pertenezcan a ninguna facción o clase, van a definir lo que es mejor para ellos porque están en un proceso de cooperación social; pero no debe dejarse de lado los principios generales arriba antes explicados, que son los metaprincipios para formas otros principios,, éstos meta principios son universales porque se pueden aplicar de forma neutral, sin moral, sin inconsistencias, incoherencias o contraproducentes (Rawls 2002: 125).

En tal sentido, el poder político que tiene el ciudadano sólo es posible cuando se ejerce en concordancia con la Constitución (Rawls 1995: 140), pero cómo crear la Constitución sin que vulnere los derechos de las minorías a un a propósito, pues esto se da con el velo de la ignorancia, porque nadie sabe qué derechos van a ser promulgados en la Constitución, y bajo éste primer consenso es que se crea la Constitución, pero esos derechos o principios son aceptados como meros principios que moderan la rivalidad de las clases sociales o ideales doctrinarios, por lo que el consenso constitucional no es profundo y no resuelve todos los problemas que puedan surgir después (Rawls 1995 158-159).

Un consenso traslapado es la única forma de alcanzar una verdadera justicia como equidad, pero para Rawls ello es una utopía porque ello implica: (a) buscar un consenso de las doctrinas comprensivas razonables, esto implica desechar aquellas doctrinas intolerantes y agresivas hacia la convivencia de paz en la sociedad, asimismo asimilar un respeto hacia el pluralismo de éstas doctrinas; (b) colocar un Estado basado en una democracia constitucional hasta donde sea posible, muy independiente de las doctrinas razonables, para la existencia de una justicia como imparcialidad; y (c) presentar una estabilidad, es decir, que los mismos ciudadanos deban respaldar y presentar su apoyo al Estado pesar de los cambios de gobierno, economía o semejantes (Rawls 1995: 163-167), pero previo a ello primero es necesario un consenso constitucional.

En conclusión, diremos que el propósito de la justicia como equidad será llegar a un consenso traslapado, pero como ello es imposible o una utopía, es necesario reforzar hasta donde sea posible el Estado Constitucional o consenso constitucional por medio de una cooperación social ayudados por el velo de la ignorancia, es decir, a través de principios que ayuden prima facie a la ciudadanía.

2.5.- EL PROPÓSITO DE LA CONCEPCIÓN ANALÍTICA

Esta posición de justicia explica Manuel Atienza (1997: 137) que la fundaron en un primer momento Hans Kelsen y luego Alf Ross, aunque con posturas diferentes, pero en un común denominador que es el enfoque de la supervisión de la norma a los casos.

Hans Kelsen no perteneció directamente al Circulo de Viena y tampoco comparte una doctrina al 100% del positivismo lógico o neopositivismo; sin embargo, propuso un esquema epistemológico jurídico explicando que la norma debe configurarse como el objeto de estudio, el método que se empleará será la interpretación jurídica, ésta actividad consiste en realizar una interpretación de la norma fundamental hacia las de menor jerarquía, porque ellas contienen sus extensiones a aplicar (el pensamiento epistemológico se puede comprender mejor en el capítulo III, en el apartado 3.3.4.).

Pero dentro de aquel proyecto epistemológico también advierte que para tener la calidad de ciencia debe descartar todas las impurezas como: la moral, la política, la economía, la religión, la sociología, entre otros elementos, y es aquí donde debemos realizar la siguiente cuestión: ¿cuál es entonces su concepción de justicia?, el profesor Atienza (1997: 137) nos explica que el citado autor cuando publicó su ensayo *¿Qué es justicia?* había concluido que no pudo contestar a dicha pregunta por lo que le restó justificar mediante una justicia personalísima de Kelsen: la defensa de la libertad, la paz, la democracia y la tolerancia, pero ello solo fue un mero romanticismo e irracionalismo.

Por otro lado, en otros escritos kelsenianos demarcó que la justicia viene a ser una propiedad que puede ser observada de una persona o de un acto, pero jamás de una norma jurídica (citado en Atienza 1997: 138), esto es porque su proyecto despojaba de cualquier tipo de valoración el estudio de la norma, más la forma en la que debe determinarse el criterio de justicia es a través de la validez o aprobación de la norma prescrita que esté en conformidad con la norma fundamental, es decir, que no sea contradictoria con la Constitución no solamente, sino con las demás normas, caso contrario esa norma jurídica no debe estar o debe ser derogada del ordenamiento jurídico, se está hablando entonces de una validez lógica y no de validez axiológica.

Alf Ross también brinda un proyecto de justicia que se aleje de cualquier presupuesto subjetivo o contaminador externo a la norma, por lo que en algunos casos van a afirmar que su postura se trata más de un emotivismo que racional, de tal suerte que en su obra *Sobre el Derecho y la justicia* escribe: « (...) “Invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto (...) Es imposible tener una discusión racional con quien apela la ‘justicia’, porque nada dice que pueda ser argüido en pro o en contra (...) La idea de la justicia conduce a la intolerancia y al conflicto (...) a la cual uno mismo se incita para la defensa ciega e implacable de ciertos intereses” (...)» (citado en Atienza 1997:139-140); aquí lo que Ross está afirmando es que la justicia en su sentido absoluto o justicia perfecta no puede ser motivo de funcionalidad durante un proceso, pero entonces cómo resuelve éste problema en citado autor.

La respuesta la proclama afirmando lo siguiente: « (...) “deben ser justificadas a la luz de sus consecuencias prácticas”(…)» (citado en Atienza 1997:140), esto implica que la decisión del juez no debe caer en posiciones axiológicas o políticas, sino que debe ser justificada a razón de la interpretación de las normas vigentes en forma sistemática, muy a pesar que la norma contenga la solución a un determinado problema y éste no agrade a una de las partes por lo cual afirmará: La norma es totalmente injusta o corrupta, para Ross (citado en Atienza 1997: 141) ése tipo de proposiciones simplemente son meros emotivismo, entonces para que no devenga en ello debe ser posible que dicha proposición sea verificable (y éste sin lugar a dudas viene a ser un elemento imprescindible por parte del Circulo de Viena), es decir, que se pueda contrastar con la realidad, caso contrario sería una pseudopropocisión y caeríamos en un resultado o decisión falsa o metafísica.

En conclusión, se diría que existen dos propósitos exclusivos en la concepción analítica de la justicia, o bien es la validez o aprobación del legislador de la norma que esté acorde a la Constitución o en todo caso es la verificación de las proposiciones jurídicas resueltas en las decisiones tomadas por los jueces, porque en caso de no ser verificables se caería en una metafísica o en un juego de palabras.

2.6. EL PROPÓSITO DE LA CONCEPCIÓN DE LA JUSTICIA DIVINA

La justicia divina trasciende cualquier esquema elaborado por el hombre para administrar justicia por cuenta de él, pues todo sistema elaborado por el hombre ha sido, es y será imperfecta, porque el hombre tiene esa naturaleza; basta mencionar la comparación entre el hombre y su creador, al ser el primero finito, imperfecto y de conocimiento limitado, jamás podrá comprender el verdadero conocimiento infinito, omnipotente y duradero lanzado por su creador.

Existen varias formas de comprender ésta justicia divina, pues desde el punto de vista cristiano, el hombre nació con el pecado original, por ende, toda la raza humana es pecadora, y sólo la biblia, la palabra de Dios puede liberar al hombre, no necesita crear nuevos sistemas, sino someterse a la voluntad de Dios, lo mismo sucede con las demás religiones, que lo único que tienen que seguir es su libro sagrado como un dogma de vida.

En conclusión, el propósito de la justicia divina es seguir en lo que más pueda y respetar sus libros sagrados brindados por su Dios o deidad.

CAPÍTULO III ESCUELAS JURÍDICAS

3.1. DEMARCACIÓN Y TRASNDICIPLINARIEDAD

3.1.1. La importancia de demarcar las escuelas jurídicas

El presente capítulo tiene como finalidad proponer una demarcación o delimitación entre lo que implica investigar en derecho frente a las disciplinas o ciencias de sociales como al mismo tiempo diferenciar que distingue una escuela jurídica con las ramas auxiliares, corrientes o movimientos jurídicos con la intención de realizar investigaciones jurídicas rigurosas que contengan fundamentos propios y autónomos.

Es natural escuchar en las universidades sobre los enfoques de investigación: cuantitativa, cualitativa o mixta, o los niveles de investigación: descriptiva, exploratoria, correlacional o experimental para realizar una investigación, sin embargo, pocas comentan sobre las formas de investigar propiamente en sus áreas, como es el caso de Derecho.

Las investigaciones jurídicas comparten limitadamente dichas formas de investigación, puesto que existen investigaciones de Derecho Comparado, Histórico Jurídicas, Dogmática Jurídicas, Filosófica Jurídica, Lógica Jurídica, Social Jurídico, Económica Jurídicas donde el esquema y naturaleza de investigar varían radicalmente, porque cada uno de ellas tiene un fundamento filosófico, epistemológico y metodológico distinto.

De allí, que es necesario demarcar lo que implica investigar en Derecho frente a las ciencias sociales, puesto que en el Derecho existen tantas ramas y escuelas como disciplinas o ciencias existen, tal es el ejemplo que, frente a la sociología, hay una sociología del derecho, frente a la genética hay un derecho genético, frente a la psicología, hay una psicología del derecho, frente a la antropología hay una antropología del derecho y así sucesivamente.

3.1.2. Sobre el concepto de Demarcación en el Derecho

El diccionario de la lengua española (2001) define el concepto demarcación como: “Acción o efecto de demarcar”. Y demarcar como: “Delinear, señalar los límites o confines de un país o terreno, especialmente de las concesiones mineras”.

Otra acepción se puede encontrar en las teorías de Karl Popper, ya que el concepto demarcación lo contextualiza en un ámbito científico, explica: “Llamo problema de la demarcación al de encontrar un criterio que nos permita distinguir entre las ciencias empíricas, por un lado, y los sistemas ‘metafísicos’, por otro” (2001: 34). A inicios del siglo XX, los epistemólogos lidiaban con un problema fundamental, tratar de distinguir lo que es ciencia y lo que es metafísica.

Sin duda alguna, Popper propuso la tesis de la falsación como criterio de demarcación, es decir, evitar la elección de un sistema científico que fuera de una vez y para siempre (en sentido positivo), pero sí la forma de selección de un sistema científico que sea posible de ser refutada por medio de contrastes o pruebas empíricas en sentido negativo (2001: 40).

Surgen dos interrogantes; la primera es: ¿Hasta qué punto se debe considerar una investigación jurídica y cuando no lo es? Esto es con propósito de realizar investigaciones con mayor rigurosidad, fundamentos y autonomía frente a las demás ciencias (o disciplinas como quiera denominar el lector) sin invadir los espacios esenciales o nucleares que poco a poco se conviertan más en una investigación perteneciente a la psicología, antropología,

sociología, administración, contabilidad, economía, historia o demás disciplinas que la jurídica misma. Entonces a éste tipo de delimitación se la denominará: **Demarcación jurídica externa**.

La segunda interrogante es: ¿Cuál es el criterio de demarcación entre una escuela, una corriente, movimiento y rama auxiliar del Derecho? En la actualidad, no existe una diferencia por lo menos esclarecedora que dé las pautas o lineamientos sobre la problemática mencionada, es decir, ¿A dónde pertenecen las materias que se generan cuando se relaciona al derecho con otras disciplinas (o ciencias) como la informática, la lógica, la genética, el deporte, la filosofía, la teología, la arqueología, la ingeniería minera, la economía, la literatura entre otras? Ya que el producto resulta ser: derecho informático, lógica jurídica, derecho genético, derecho deportivo, filosofía del derecho, derecho canónico, arqueología del derecho, derecho minero, análisis económico del derecho, literatura y derecho, y así sucesivamente. Entonces a éste tipo de delimitación se le denominará: **Demarcación jurídica interna**. Ambos tipos de demarcación serán respondidos más adelante.

3.1.3. Pluridisciplinariedad, transdisciplinariedad e interdisciplinariedad

Para el presente capítulo es imprescindible debatir la posición que sostiene todo lo contrario a la demarcación, la transdisciplinariedad. Por esa razón, un defensor es Nicolescu, físico rumano que ha contribuido en: (a) empresas transdisciplinarias colectivas como la fundación del Centro Internacional de Investigaciones y Estudios Transdisciplinarios de París; y asimismo a (b) la elaboración de la Carta de la Transdisciplinariedad, que fue adoptada en el Primer Congreso Mundial de la Transdisciplinariedad que se dio en el Convento de Arrávida de Portugal con fecha de noviembre de 1994 (1996: 4).

El citado investigador a través de su obra: *Manifiesto de la transdisciplinariedad* realizada el primero de noviembre de 1996 comienza estudiando los orígenes de la ciencia, para luego analizar el cómo ha ido superponiéndose la verdad (productos y teorías científicas) de los físicos produciendo un menosprecio a las valiosas opiniones de académicos notables.

Nicolescu comienza afirmando que la ciencia: “(...) está fundada sobre la idea, sorprendente y revolucionaria para la época, de una separación total entre el sujeto que conoce y la Realidad, supuesta ser completamente independiente del sujeto que la observa (...)” (1996: 8); ahora bien, la época que describe el autor sobre esta separación (investigador y realidad) es en siglo XIX, época de una ideología científicista marcada por los avances de teorías físicas desde Galileo, Kepler, Newton hasta Einstein que han confirmado los tres postulados en los que se ha incrustado fuertemente a la ciencia: (a) La existencia de leyes universales con carácter matemático, (b) el descubrimiento de esas leyes por la experimentación científica y (c) la reproductibilidad perfecta de los datos experimentales. De esa manera se impone el principio de causa y efecto, proclamando a la física como la Reyna de las ciencias (1996: 8).

Para Husserl y algunos otros investigadores, en su esfuerzo de interrogación sobre los fundamentos de la ciencia, han descubierto la existencia de diferentes niveles de percepción de la Realidad que hay en el sujeto-observador. Sin embargo, éstos han sido marginados por los físicos encerrados en su propia especialidad. Durante el transcurso del siglo XX, la complejidad se instala por todas partes, se nutre de la explosión de la investigación disciplinaria y, a la vez, la complejidad determina la aceleración de la multiplicación de las disciplinas. (Nicolescu 1996: 19)

Ésta complejidad es causa del rompimiento del axioma del tercero excluido que gracias a la mecánica cuántica establece la existencia de dos realidades o niveles de percepción: la macrofísica -mundo en el que vivimos- y la microfísica -mundo operativo interno- (Nicolescu, 1996: 20). Ésta discontinuidad que se ha manifestado en el mundo cuántico se manifiesta también en la estructura de los niveles de Realidad, pero esto no impide la coexistencia de los dos mundos. La prueba: nuestra propia existencia. Nuestros cuerpos tienen a la vez una estructura macrofísica y una estructura cuántica.

En palabras de Nicolescu: "(...) Nuestro nivel macrofísico es caracterizado por la irreversibilidad (la flecha) del tiempo (...)" (1996: 20), es decir, que nadie detiene el proceso del envejecimiento o el proceso de la muerte, mientras: "(...) en el mundo microfísico, algunos procesos violan esa invarianza temporal (reversibilidad del tiempo) (...)" (1996: 20), esto es debido a que los quanton son corpúsculos y ondas al mismo tiempo, dicho en otras palabras, son materia y no materia, es como se mencionó, rompen el principio del tercero excluido, significa que el hombre es mujer, que lo negro es blanco, que la materia es no materia, etc. Así es como florecieron las lógicas cuánticas o sistemas lógicos polivalentes para explicar dicho fenómeno.

Se forjan pues las lógicas cuánticas con un tercer dinamismo, el del estado T que concibe A y al mismo tiempo no A ejerciendo otro nivel de Realidad (Nicolescu 1996: 39) donde eso que aparece como desunido (onda o corpúsculo), es de hecho unido mediante el quanton, y eso que aparece como contradictorio es percibido como no-contradictorio, póngase el ejemplo del marxismo, el resultado de una sucesión sobre el plano histórico: sociedad primitiva (tesis), sociedad capitalista (antítesis) y sociedad comunista (síntesis), Los espacios mencionados no pueden vivir en un mismo tiempo, tienen que destruirse para avanzar, sin embargo, con la tríada de terceros excluidos (A, no A y T) los tres elementos coexisten en el mismo momento del tiempo.

Retomando la idea de complejidad, entonces la lógica polivalente destruye la pirámide de conocimientos de contenidos sobre lógica bivalente, provocando un verdadero big bang disciplinario. Lo que en palabras de Nicolescu serían: "El conocimiento de lo complejo, para que sea reconocido como conocimiento, pasa por una interrogante anterior: ¿La complejidad de la cual hablamos, será una complejidad sin orden, en cuyo caso su conocimiento no tendría sentido, o esconderá un nuevo orden y una simplicidad de una nueva naturaleza que serían justamente el objeto del nuevo conocimiento? ¿Elegir así entre una ruta de perdición y una ruta de esperanza?" (1996: 30 y 31)

Con ello trata de explicar que ni las ciencias duras ni blandas escapan de una complejidad, es como tratar de separar las dos puntas de un palo, se necesitaría una fuerza infinita para hacerla, se vive una era de complejidad multidimensional donde el ideal de simplicidad a través de modelos parece no ser suficiente; donde hay una coherencia asombrosa entre lo infinitamente pequeño y lo infinitamente grande.

Entonces, la complejidad se nutre mediante la investigación disciplinaria y ésta genera la multiplicación de las disciplinas. De esa manera, surge la **pluridisciplinariedad, interdisciplinariedad y transdisciplinariedad**. La primera se entiende como el estudio de un objeto de una sola y misma disciplina por varias disciplinas a la vez; el segundo se comprende como la transferencia de métodos de una disciplina a otra, manteniendo tres grados: (a) de aplicación, (b) de análisis epistemológico y (c) de engendramiento; y finalmente, la tercera se caracteriza por la comprensión del mundo presente en el cual uno de los imperativos es la unidad del conocimiento. (Nicolescu 1996: 34 y 35)

La transdisciplinariedad se interesa por la dinámica engendrada por la acción de varios niveles de realidad en un mismo tiempo. Sus elementos son: (a) niveles de realidad, (b) la lógica del tercero incluido y (c) la complejidad, que determinan al mismo tiempo la metodología de su investigación (Nicolescu 1996: 36). Ésta visión propone una realidad multidimensional, en la que **el conocimiento no es exterior, ni interior, sino ambos**, no existe rompimiento entre el sujeto y objeto, porque justamente se requiere la unidad; así su lenguaje es la dualidad de pensamiento y experiencia, entonces se distingue radicalmente de la pluridisciplinariedad y de la interdisciplinariedad en su finalidad: la comprensión del mundo presente, que es imposible de inscribir en la investigación disciplinaria.

Con lo que explica éste autor, nos demuestra que no deben existir murallas, barras o en todo caso demarcación entre las disciplinas (psicología, antropología, derecho, etc.) sino que deben unirse porque pertenecen a una realidad coherente claro con diferentes niveles de percepción.

Se puede entonces culminar esta parte afirmando que la demarcación jurídica externa e interna tiene la finalidad de realizar investigaciones rigurosas y sin la irrupción o perturbación casi total de las demás disciplinas y viceversa. Al mismo tiempo comprender cuán beneficioso puede ser la transdisciplinariedad en el derecho.

3.1.4. Conflicto entre transdisciplinariedad y demarcación

El debate comienza cuando alguien se pregunta: “La educación como prevención del delito” (título de investigación) pertenece a la investigación jurídica o la pedagogía. Las posiciones antagónicas sobre demarcar o no responderán de la siguiente manera: (a) si nos situamos en la posición transdisciplinaria, se diría que es una investigación tanto del derecho como de la pedagogía (por el tercero incluido), además que sus aportes pueden ser tan beneficiosos para ambas disciplinas porque están capturando dos niveles de realidad que son coherentes en sí misma, e incluso podría ser de mejor utilidad si se incluyen mayores niveles de realidad, es decir, la intervención de otras disciplinas ya que el fenómeno estudiado es complejo.

Pero si nos situamos en (b) la posición de demarcación, la respuesta se hace más compleja, porque no existen límites para afirmar el derecho debe estudiar o investigar de éste punto hasta éste punto, en pocas palabras llegar a decir: “hasta aquí le pertenece al Derecho y esta parte le pertenece a la Pedagogía”.

Aparentemente, podría concluirse que la respuesta es clara y satisfactoria, no habría razón entre distinguir o separar a las disciplinas mientras contribuyan más y más a resolver un fenómeno complejo, sin embargo, no lo es.

Realizar una investigación no es fácil, se requiere de entrenamiento tanto teórico como práctico, que mientras más se indague sobre la metodología que tiene una disciplina y sus propios niveles de realidad (objeto de estudio), mayores son sus problemas y prueba de ello es el derecho. Ésta disciplina o ciencia (como quiera llamar el lector) contiene una carga fuerte de preguntas escépticas sobre la solidez o rigor al momento de realizar una investigación de su naturaleza, por ejemplo: ¿La investigación jurídica necesita de uno o varios métodos? En el caso de aplicar varios métodos ¿Cómo realizar una investigación jurídica consistente si los métodos propios del derecho o ajenos a él son inconmensurables? ¿Cómo saber la idoneidad de un método o varios en una investigación jurídica si no hay criterios de demarcación? ¿Cómo saber el procedimiento correcto sobre

los pasos del o los métodos, si hasta la actualidad no hay acuerdo sobre su inicio y finalidad? ¿Cómo saber que el método a utilizar pertenece a una determinada escuela jurídica (movimiento, corriente o rama auxiliar) y no a otra?

Si la transdisciplinariedad quiere resolver estas preguntas con el sólo hecho de incorporar el tercio incluido y argumentar que lo importante no es el método, sino la resolución del problema, porque nos encontramos en una complejidad de múltiples niveles de percepción, simplemente se caería en un problema: **la inconsistencia del lenguaje de investigación**, la cual tiene muchos argumentos de convencimiento, pero poca solidez, es decir, un **pragmatismo light**, de resolver por resolver, y bajo esa premisa, se puede llegar al extremo de afirmar que en derecho se puede realizar de todo, utilizando las palabras de Manuel Sánchez sería: “El Derecho es una de las pocas disciplinas que, gracias a su referente, las investigaciones se pueden presentar en diversos campos, y de cualquier forma, todo dependerá de la creatividad y talento del autor (...)” (2011: 350), cuya consecuencia sería que: cualquiera puede ser un investigador jurídico, ¿Será cierto ello?

El hecho de no demarcar, ya tiene consecuencias negativas, abre la posibilidad que un especialista de la administración se vuelva un investigador jurídico por el simple hecho de haber incluido algunos elementos normativos para la mejora de su empresa; o cuando un ingeniero agrónomo analiza el Tratado de Libre Comercio comparando los beneficios y costos sobre la exportación de algunos sembríos, entonces ¿qué es lo que le otorga carácter jurídico a una investigación? Es claro, y se está de acuerdo que las disciplinas interactúan entre ellas y es imposible que en algunos casos no se mencione a otra disciplina respecto a sus herramientas, métodos, doctrinas, teorías y demás, pero **hasta qué punto debe involucrarse para que no se convierta en una investigación de otra disciplina o en todo caso pierda su esencia jurídica.**

En los párrafos iniciales se mencionó que tanto la demarcación como la transdisciplinariedad aportan al avance del conocimiento, pero no se mencionó a qué clase de conocimiento. Y es que la transdisciplinariedad produce más un avance de conocimiento cultural, que contiene presupuestos de asombro y reflexión sobre el fenómeno, pero no deja de ser un doxa (opinión); mientras el acto de demarcar, implica una episteme por el hecho que no sólo se fija en la cultura sino trata de realizar una investigación con pasos sólidos y rigurosos desde una posición o percepción, muy distinta a la que infundía el positivismo, que la ciencia se basaba en una sola percepción o nivel de realidad. Por otro lado, es claro que existen niveles de realidad como explica Nicolescu; nosotros preferimos llamarlo perspectivas gnoseológicas del investigador, es decir, que realice el operador jurídico su investigación a partir de su perspectiva (escuela jurídica, movimiento, corriente o rama auxiliar), pero con pasos rigurosos y sólidos (epistemología) que tiene su percepción.

Es necesario aclarar, que la transdisciplinariedad es buena para comprender un fenómeno, pero como se mencionó sólo en el ámbito cultural y de reflexión, es decir, en el filosofar. Pero para realizar investigaciones es necesario plantear demarcaciones, delimitaciones, separaciones para no caer en confusiones y sobre todo, para poder realizar las debidas refutaciones a los programas de investigación, **lo que no permite la transdisciplinariedad.**

3.2. DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE ESCUELA JURÍDICA

3.2.1. Elementos básicos de una escuela jurídica

3.2.1.1. El sujeto que estudia

En cualquier teoría del conocimiento deben estar presentes el sujeto cognoscente y el objeto cognoscente, e indudablemente deben estar en estrecha relación, de lo contrario no

existiría el conocimiento. Asimismo, se analizará en el presente ítem que el hombre no sólo puede exclusivamente el sujeto cognoscente, la cual genera un debate aún no resuelto, advirtiendo que para la presente tesis no se pretende dar solución a dicho problema, sino informar para dar claridad a qué se enfrenta en la actualidad la epistemología jurídica dentro de los sistemas procesales.

Por esa razón, se comenzará analizando el enfoque de sujeto cognoscente autónomo mediante el epistemólogo Solís Espinoza (2007: 58) quien explica que sujeto es el que conoce a través de su actividad subjetiva, por lo que no puede ser objeto al mismo tiempo, aun teniendo la teoría de que él mismo trate de inspeccionarse o analizarse como objeto, lo que en realidad hace es desdoblarse y posicionar un objeto de estudio como su psiquis, su conducta, su reflexión, etc.

En el mismo ritmo, el profesor Rodríguez Rivas (2007: 31) denota la diferencia que pensar no es lo mismo que elaborar ideas (otros lo denominan pensamiento), ya que ésta última implica las relaciones entre cualidades o propiedades de lo que existe fuera del hombre como interna a él, de esa forma está creando objetos cognoscentes a través de otros objetos cognoscentes, entonces podemos concluir que es el hombre el que impone sus conceptos, sus conjeturas, las cualidades o características a los objetos cognoscentes; pero una que elabore sus ideas o construya las propiedades de un objeto no significa que sea verdad, por lo que debe existir un método para corroborar su verdad, tema que se abordará más adelante, es decir, el método.

De tal suerte que, los personajes o filósofos de la ciencia que individualizan al sujeto cognoscente son los llamados **filósofos modernos**, mientras que para los **posmodernos el sujeto cognoscente ya no es individual**, sino es intersubjetivo, o que los sistema son los nuevos sujetos quienes a través de códigos asignan lo que debe ser un determinado elemento (incluyendo lo que debe ser una persona); o en extremo último que sea el mismo discurso social (el sujeto) quién de la forma o amolde a la sociedad y a la persona.

Así Gunther Teubner explica que: «(...) Habermas reconoce que el conocimiento es fundamentalmente un proceso comunicativo. La “intersubjetividad” toma puesto del sujeto epistémico kantiano. Es el auténtico consenso de la comunidad comunicativa y no la conciencia del individuo autónomo el que determina la verdad en las cuestiones cognitivistas y normativas (...)» (2002: 19-20).

Lo mismo sucede con Michael Foucault y Niklas Luhmann quienes coinciden en que el sujeto en forma autónoma no forma sus conocimientos, sino lo hace en el sistema o el discurso, pues para el primer autor en mención afirma que: “(...) no es la conciencia individual del sujeto la que constituye la realidad. De igual manera, tampoco es la intersubjetividad (...) es el discurso –una cadena de sucesos lingüísticos, anónima, impersonal y libre de intenciones” (citado en Teubner 2002: 22), esto es que son los discursos son los que nos forman a nosotros son los que nos amoldan un determinado carácter y finalidad, y no viceversa; lo mismo sucede con el segundo autor mencionado quien explica que: «(...) la multiplicación y fragmentación de las individualidades se corresponde con una multiplicación y fragmentación de los discursos sociales. Sobre la base de sus códigos y programas específicos, cada red de comunicación especializada produce “personas” –artefactos semánticos de actores individuales– a las cuales atribuye acciones» (citado en Teubner 2002: 22), esto es que un sistema tiene al mismo tiempo un subsistema, y ésta última otro subsistema, y así podemos obtener varios sistemas, de las

cuales cada una de ellas tiene un propio lenguaje de comunicación y propiedades afines que sólo serán válidos en ése sistema.

Ante lo explicado, tenemos dos formas de entender al sujeto cognoscente, desde el punto de vista (a) tradicional o moderno, es decir, desde una óptica kantiana, en la que el hombre es quien de forma autónoma el que impone y crea los objetos cognoscentes a través de otros objetos cognoscentes; o también percibir al sujeto cognoscente desde un viraje (b) posmoderno, en la que no es el hombre individual el que crea los objetos cognoscentes, sino que lo hace de forma intersubjetiva; otra forma de explicación es que cada sistema tiene un lenguaje de comunicación válida para sí misma y que de llevarlo a otro sistema, no sólo sería contraproducente, sino inservible, por eso cada sistema crea su propia epistemología, es decir, que asigna sus propios códigos válidos para sí; y finalmente la otra teoría aún más lejana a las demás afirma que el sujeto cognoscente son los discursos y que el hombre simplemente viene a ser un significado de ella que se amolda sin resistencia.

Lo analizado hasta el momento, repercute en la forma del **¿cómo debe percibirse sujeto cognoscente en un determinado sistema ya sea de corte epistemológico, judicial, gubernamental, etc.?**, es decir, debe ser acaso: el juez el sujeto cognoscente mientras el objeto cognoscente deben ser los expedientes o la sentencia; o será que en términos posmodernos sean las normas, la jurisprudencia, las costumbres, los plazos, los medios probatorios, las audiencias, la tutela jurisdiccional y todos los actos procesales sean el sujeto cognoscente y el juez como los operadores del derecho procesal sean los objetos cognoscentes, ya que el Poder Judicial en términos luhmannianos es un sistema dentro del sistema estatal que contiene su propio lenguaje y significado para cada elemento o actor dentro de ella; ésta interrogante será explicada en el capítulo VIII de la presente tesis.

3.2.1.2. El objeto de estudio

Cuando se trata del objeto de estudio en el proceso de conocimiento, existe menos problemáticas, ya que el problema no radica en determinar primero el objeto cognoscente, sino el sujeto cognoscente, por tal razón comienza el epistemólogo Solís Espinoza (2007: 58) explicando que el objeto es el punto de referencia que bien puede ser una cosa o una idea, la cual aporta Hartmann (citado en Solís 2007: 58) el objeto jamás debe confundirse con la realidad, ya que ésta última es más extensa que el objeto, y ésta es tan sólo una parte de ella.

Aporta al presente análisis, el profesor Rodríguez Rivas que el objeto: "(...) es lo que la conciencia, específicamente, la razón humana, construye con la continuidad discontinua del mundo del cual la racionalidad es factor constitutivo (...)" (2007: 52); significa que el objeto de estudio es formado por el hombre durante un determinado tiempo y espacio, y que sin duda puede seguir siendo motivo de análisis si el hombre lo considera pertinente.

Continua explicando el profesor Rodríguez Rivas (2007: 53-55) que el objeto de estudio se puede clasificar en cuatro categorías, siendo: (1) objetos reales, que al mismo tiempo se dividen en dos: (a) fácticos, que abarcan todo lo que sea sensible, perceptivo, sucesos sociales, hechos psíquicos dados en un determinado espacio-tiempo, como también los hechos no experienciables por la limitación humana, sino que sólo pueden ser asumidos mediante inferencias de los objetos experienciables y verificables como las propiedades atómicas; y loa (b) ideales, porque a través de un proceso de abstracción y generalización se elabora un lenguaje simbólico como el caso de la lógica y la matemática pura.

Luego están los (2) objetos irreales que tan sólo son construcciones de la imaginación sin referencia del mundo fáctico, cuyos productos son los mitos, leyendas, el arte: poemas, literatura, cuentos, escultura, pinturas, etc.; también están los (3) objetos estimativos, aquellos que se manifiestan por los valores consensuados o comportamientos aceptados por una sociedad, las cuales han nacido por el conjunto de emociones, más no de la realidad fáctica ni formal; y finalmente están los (4) objetos decisionales, que vienen a ser un modo de voluntad dirigido a la realización de una actividad ya sea por un motivo personal y normativo, es decir, aquí no se analiza la emoción, ni la norma, sino el porqué de su decisión.

En el caso del Derecho, se ve que existe una enorme responsabilidad por determinar cuál vendría a ser el objeto de estudio, pues si se trata de analizar la norma estamos frente a objetos ideales, si trata de analizar el comportamiento de la sociedad está frente a los objetos fácticos, o si se apela a los usos y costumbres de una sociedad estamos hablando de objetos estimativos, de igual manera si se afirma hipotéticamente que la sentencia es un producto de creación artística está frente a los objetos irreales, la pregunta es **¿cuál es el objeto de estudio del Derecho?**, y más aún **¿cuál es el objeto de estudio de determinado sistema ya sea de corte epistemológico, judicial, gubernamental, etc.?**, la respuesta a ésta interrogante será resuelta en el capítulo VIII de la presente tesis.

3.2.1.3. El método de estudio

El método es un concepto fuertemente utilizado en los cursos de investigación, además de ser muy antigua también, ésta terminología no tiene la mismo significado para los diferentes contextos, tales como en la ciencia, el arte, la tecnología, la filosofía, entre otras más.

El profesor Badenes ha recopilado una serie de acepciones sobre el significado de método por diferentes autores exponiendo que: «Sánchez Román ha dicho que “método es la dirección ordenada del pensamiento en la obra de la ciencia”. Un método –dice Globot– es un modo razonado de conducir el pensamiento para llegar a un resultado determinado, y notablemente para descubrir la verdad. Para Mercier el método es el camino que conduce a la ciencia. Así pues –concluye Bonnacase–, el método no es otra cosa que las directivas seguidas por el espíritu humano para penetrar en un objeto cualquiera del conocimiento humano y llegar a hacerse dueño» (1959: 17); podemos apreciar que método no solo es un camino para realizar o empoderarse de algo, sino que para otros es incluso para resolver una verdad.

Y si lo enfocamos al Derecho, en palabras de Hernández Gil el método viene a ser tan antiguo como el Derecho, de allí que inicia mencionando que la más clara evidencia se puede apreciar en la cultura romana mediante la interpretación de sus leyes; posteriormente, nacen las interpretaciones exegéticas, históricas, teleológicas, libres, análogas, entre otras dependiendo a sus contextos y finalidades (1988 :11); por lo que los de la familia del *common law*, han utilizado la *stare decisis*, la razón común para la emisión de sus veredictos y la argumentación jurídica.

Podemos comprender y afirmar entonces, que el método que se emplee entre el objeto de estudio y el sujeto que estudia **dependerá del fin que busca** o lo que pretenda encontrar o producir, por tal razón, hasta la fecha no se ha encontrado estudios referidos al fin de estudio de una determinada epistemología, porque sería iluso emplear el método de la *stare decisis* en una escuela jurídica histórica, es decir, utilizar de forma inconsistente los métodos surgidos hasta el momento por el Derecho en un contexto inapropiado.

Pero las preguntas devienen en: (a) ¿cómo darnos cuenta sobre qué método debemos utilizar en un determinado contexto o sistema ya sea de corte epistemológico, judicial, gubernamental, etc.?; (b) ¿qué contiene ése contexto o sistema para identificarla adecuadamente?; y (c) ¿cómo se debe entender al fin de estudio de ese contexto?; éstas preguntas serán resueltas en el siguiente ítem o subcapítulo de la presente tesis.

3.2.1.4. El fin de estudio

Para poder comprender el fin de estudio, debemos primero responder las tres preguntas antes planteadas, comenzaremos entonces con: (a) ¿cómo darnos cuenta sobre qué método debemos utilizar en un determinado contexto o sistema ya sea de corte epistemológico, judicial, gubernamental, etc.?, la respuesta es sencilla, utilizaremos el método idóneo y apropiado siempre en cuando tengamos en claro a qué programa de investigación nos hemos enfocado o con qué tipo de programa es con la que estamos percibiendo un fenómeno, explicándonos mejor es cuando nos metemos dentro de una escuela jurídica, cuyo objeto de estudio va a ser distinto al de los demás, por ejemplo el iusnaturalismo tendrá como objeto de estudio a los valores y tendrá un método en específico para analizar dicho objeto, lo mismo sucede si cambiamos el viraje con la escuela positivista, histórica, tridimensionalista, egológica, realista, etc.

Una vez, que hemos identificado un programa o una escuela jurídica, nos queda responder (b) ¿qué contiene ése contexto para identificarla adecuadamente?, aquí es donde la respuesta se hace cada vez un poco más complicada, porque lo que se trata de responder en forma específica para el presente caso es: ¿qué elementos o requisitos contiene una escuela jurídica para ser calificada como tal?

Nosotros, mantenemos la posición que debe contener necesariamente: (1) elementos básicos debidamente delimitados como: quién debe ser sujeto cognoscente, cuál es el objeto cognoscente, cuál es el método que aplica para conocer o explorar el objeto cognoscente, y para ello, desde luego debe **tener una teoría desarrollada** o sistematizada que oriente dichos rubros y finalmente y quizás el más importante **cuál es el fin de estudio** de esa escuela jurídica; luego independientemente a los elementos básicos debe establecerse una (2) demarcación o delimitación si aún sigue siendo una escuela jurídica vigente o es una escuela jurídica trunca.

Por tal razón, es que hemos abordado los temas de sujeto, método y objeto cognoscente, que quizás en la mayoría de libros se pueden encontrar para una mejor ilustración, sin embargo, consideramos que no se puede hablar de una escuela jurídica si carece de un fin y una teoría desarrollada, pues lo que justamente hace especial a una escuela jurídica es saber qué es lo que persigue o a dónde se encamina.

Es así que llegamos la pregunta (c) **¿cómo se debe entender al fin de estudio de ese contexto?**, nosotros coincidimos en que se la debe entender como el “norte de predictibilidad”, ya que dicho elemento se encargará de anticipar qué producto debe arrojar o emitir a través de la suma entre el objeto y el método de estudio, situación que si por equivocación un investigador jurídico por motivos de tiempo o desconocimiento aplica un método no apropiado al objeto de estudio de una determinada escuela jurídica, arrojará un producto no acorde al fin de estudio, lo cual de forma anticipada el fin de estudio nos estará informando que dicho producto es equivoco o erróneo.

Asimismo, el fin de estudio permite que cualquier investigador sepa de ante mano qué es lo que debe arrojar como producto e incluso motivarse hacia una determinada escuela

jurídica, para ello damos el siguiente ejemplo: Un iusnaturalista teológico protestante (porque también existen iusnaturalistas racionales) desea analizar por qué está permitido la pastilla del día siguiente en el Perú, como es de saber él al tener un marco teórico teológico cuyo presupuesto supremo es la biblia, afirmará de ante mano que ingerir sustancias que atenten contra la vida de un concebido es pecado, por lo tanto el objeto de estudio serán los valores jurídicos que para él será la vida, el método que debe emplear no será bajo las interpretaciones normativas del ordenamiento jurídico, sino será a través de la interpretación bíblica para dar una respuesta más clara y contundente, entonces el fin de estudio será que injerir sustancias nocivas que atenten contra la vida de un concebido es injusto.

Ante el caso expuesto, como cualquiera ahora se estará preguntando: ¿ahora cómo sé que el producto arrojado entre el objeto y método de estudio coincide con el fin de estudio?, dicho en pocas palabras: ¿quién o qué me garantiza los verdaderos fines de estudio de las escuelas jurídicas?

Decíamos líneas más arriba, que el elemento: “fin de estudio”, es la que se podría considerar como una de las más importantes entre todas, porque justamente es la que dará el norte de predictibilidad de una escuela jurídica, y si queremos delimitar o establecer cuáles son los fines de una escuela jurídica debe confrontarse necesariamente a una coherencia con la teoría desarrollada dentro de ese programa o escuela, pues debemos comprender que cada programa va aumentando su parte teoría o doctrinaria a medida que más investigadores se involucren en ella; de esa manera, el objeto, el sujeto y el método van evolucionando o van siendo más esclarecidos a medida que más se desarrolle un sistema teórico, sobre todo es el método el que se irá perfeccionando. Por lo tanto, si nos preguntamos: **¿qué debe contener una teoría desarrolla en una escuela jurídica?**, diremos simplemente que es la interconexión de los elementos básicos, que propiamente explicaremos en el siguiente ítem o subcapítulo de la presente tesis.

3.2.1.5. Teoría desarrollada

Uno de los pioneros en explicar que la ciencia no sólo se trata de objeto, método o comunidad científica es Mario Bunge, quien a través de su conferencia en el Perú titulada “Ciencia, Técnica y epistemología” define a la ciencia como una Decatupla, él incorpora al elemento de supuesto filosófico explicando que toda ciencia contiene problemas filosóficos ontológicos, sobre la proximidad de la verdad, o el manejo de los conocimientos para hacer daño o destruir que es la axiología (2009: 32-33).

Por otro lado, Imre Lakatos explica que un programa de investigación científica se: “(...) sustituye el concepto de teoría, como concepto básico de la lógica de la investigación, por el concepto de serie de teorías. Lo que ha de ser evaluado como científico o pseudocientífico es una sucesión de teorías y no una teoría dada. Pero los miembros de tales series de teorías normalmente están relacionados por una notable continuidad que las agrupa en programas de investigación (...)” (1978: 65); dicho en pocas palabras, un programa es un conjunto de teorías que tienen características en común, pero que no necesariamente avanzan sistemáticamente o predictiblemente, pues el autor citado afirma: «(...) Tanto Tolomeo como Copérnico trabajaron con programas de investigación; no se limitaron a contrastar conjeturas o a armonizar un conjunto amplio de resultados observacionales, ni se comprometieron con ninguno de los “paradigmas” de la comunidad» [el subrayado es nuestro] (1978: 231).

Los programas no se falsean o se descartan a la primera refutación o al primer tropiezo, como tampoco se piensa en una nueva teoría original para dar respuesta a un problema, sino que los investigadores siguen buscando la forma de evolucionar, mejorar o rejuvenecer un postulado de otro investigador predecesor, por eso Lakatos lo ejemplifica o explica de la siguiente manera: “Copérnico no creó un programa completamente nuevo, sino que relativizó la versión de Aristarco del programa platónico. El centro firme de este programa es la proposición de que las estrellas constituyen el marco de referencia primario para la física. Copérnico no inventó una nueva heurística, sino que trato de restaurar y rejuvenecer la de Platón.” (1978: 234)

Nosotros compartimos en parte con Mario Bunge e Imre Lakatos, a razón que de que todo sistema, programa o como nosotros preferimos decir para la presente tesis: “escuela jurídica” siempre va a tener un conjunto de postulados, principios, categorías, fundamentos o doctrinas en común que se irán perfeccionando de acuerdo al fin de estudio que se propuso inicialmente; pero entonces el lector se preguntará: ¿cuál es primero el fin de estudio o la teoría desarrollada de una escuela jurídica?, la respuesta es simple, ambos, pero en su forma bosquejo o idea primitiva, es decir, un fin de estudio con nociones básicas armada simultáneamente con un marco teórico básico.

Nos explicamos mejor, una escuela jurídica nace porque requiere o pretende dar solución de forma sistemática y rigurosa a un problema que considera relevante; entonces para ello no solamente se logrará por una sola persona, sino que la idea primitiva de dicha persona será debatida en los diferentes foros de la comunidad interesada (escuelas, universidades, artículos académicos, municipios, etc.), ésta idea va tornando poderío, del cual, no sólo será producto de una sola persona, sino que serán dos a más personas, encontrando además compatibilidades ideológicas; así ésta comunidad tratará de fijar metas, objetivos, métodos y centrar el problema principal, entonces al ir ganando consistencia con los elementos que líneas arriba hemos explicado es que estimarán: “el fin de estudio” (el norte predictivo) de la escuela jurídica, que al mismo tiempo guardará coherencia con todo los presupuestos filosóficos, doctrinarios, categóricos, etc. desarrollados en los foros precedidos y es a partir de allí que nace un escuela jurídica o programa en potencia, más no que ya lo sea.

3.2.2. Criterios de demarcación

Los elementos básicos de una escuela jurídica no son suficientes para categorizarla como tal, es necesario que pase los filtros de demarcación interna y externa que pasaremos a exponer a continuación.

3.2.2.1. Demarcación interna

Cuando se habla de demarcación interna estamos hablando sobre cómo debe diferenciarse a una escuela jurídica de una corriente jurídica, rama auxiliar o movimiento jurídico.

Es loable que un programa jurídico o una escuela jurídica en potencia pueda tener los elementos básicos explicados líneas más arriba, pero no significa que ya pueda resolver problemas inmediatamente o en todo caso que los mismos investigadores o científicos del programa sean excelentes aplicadores de los conocimientos adquiridos por el programa, entonces, ¿qué características o propiedades internas debe tener el programa?

Para dar respuesta a la interrogante, nos apoyamos básicamente en la epistemología de Thomas Kuhn, quien con su libro *La estructura de las revoluciones científicas* ha descrito que la ciencia no avanza a través de un proceso sistemático, sino de forma irracional, es

decir, a través de cambios paradigmáticos que son aceptados por una determinada comunidad científica, además explica conceptos como de inconmensurabilidad, anomalías, desplazamiento de científicos, y sobre todo que la etapa de ciencia normal o paradigmática no se crea nuevas teorías, sino que aplica sus conocimientos adquiridos como si fuera un juego de rompecabezas.

Una escuela jurídica se diferenciará porque: **(a) tendrá seguidores** o “investigadores comprometidos” con la ideología o doctrina del programa, esto es que no incluye a investigadores pasajeros o motivados en saber cómo funciona el programa o por alguna otra deliberación como por ejemplo la de saber sus presupuestos o fundamentos básicos para realizar una derrotable al mismo sistema, lo que en pocas palabras quiero decir es que si Juan Pérez decide estudiar una determinada escuela jurídica no hace que sea miembro de dicha escuela, lo mismo que decir, el que yo estudie marxismo, no implica que sea marxista.

Y por otro lado, que los investigadores comprometidos **(b) trabajen continuamente bajo el programa**, es decir, que estarán aplicando el método propuesto para conseguir el fin de la escuela e incluso estimulando, modificando o creando principios, fundamentos, normas o teorías a favor de la escuela jurídica; de esa manera están poniendo en movimiento su ideología o doctrina; aquí también se excluyen a los investigadores que pese a estar comprometidos ideológicamente no ayudan al movimiento del programa, son considerados como miembros pasivos, de igual forma se excluyen a los miembros que por una temporada trabajan en una escuela jurídica y luego se ponen a trabajar en otra escuela jurídica.

De esa manera, se diferencia de un movimiento, corriente o rama auxiliar jurídica, explicándonos mejor, un movimiento es como “La literatura y Derecho”, aún no tiene en claro el objeto de estudio y el fin de estudio, pero tiene seguidores que están tratando de delimitar los elementos aún no claros. Se habla de corriente cuando tiene todos los elementos básicos, pero a pesar de tener seguidores comprometidos, ellos no trabajan continuamente para resolver problemas, sino que lo hacen ocasionalmente, siendo sus publicaciones escasas, pero novedosas, esto puede darse a factores de tiempo o dinero, como por ejemplo la corriente de “Economía y Derecho” (Análisis económico del derecho); y finalmente se habla de una rama auxiliar cuando sólo existe un conjunto de teorías o doctrinas que pueden complementar a cualquier escuela jurídica o que carece de un fin de estudio, por ejemplo: la antropología jurídica, la lógica jurídica, la grafotécnica, etc.

3.2.2.2. Demarcación externa

Respecto a la demarcación externa, se pretende dar respuesta a la interrogante: ¿qué diferencia existe entre una escuela jurídica vigente o truncada?, esto es a razón de que puede existir un movimiento, corriente e incluso una rama auxiliar que puedan pasar a la categoría de escuela jurídica por los aportes a la solución de problemas que confronta desde su enfoque, pero el lector puede interrogarse: ¿qué sucede si los seguidores abandonan a su escuela jurídica?, o en todo caso ya no cuenta con las suficientes teorías o principios para dar solución a los nuevos problemas jurídicos desde su enfoque, se podría conjeturar entonces que retorne a ser una corriente, movimiento o rama auxiliar.

Debemos advertir, que cuando un programa en potencia ha alcanzado el estatus de escuela jurídica no puede volver a ser un prototipo, una doctrina, corriente, movimiento o rama auxiliar, porque al contener todos los elementos incluyendo a los investigadores (científicos y teóricos) que laboran en la escuela jurídica, ya existe un punto de partida porque existen dos factores: (a) la actividad progresiva de resolver problemas y (b) de instauración como

programa estatal de resolución de conflictos, éstos son pues los dos factores de demarcación externa.

Comenzaremos explicando sobre la **(a) actividad progresiva de resolver problemas de manera consistente**; en palabras de Lakatos un programa de investigación científica se diferencia del pseudocientífico cuando: “(...) la teoría conduce a descubrir hechos nuevos hasta entonces desconocidos (...)” (1978: 15); por lo que un programa es regresivo si: “(...) sólo ofrece una reinterpretación (lingüística) que disminuye tal contenido, la contradicción queda resuelta sólo de una forma semántica y acientífica. Un hecho dado se explica científicamente sólo cuando otro hecho nuevo queda explicado además del primero” (1978: 49); entonces debemos comprender que la demarcación entre ciencia y pseudociencia realizada por el epistemólogo mencionado es por su carácter de predictibilidad o su capacidad de resolver problemas, pese a las anomalías que puedan surgir.

Además, agrega que la consistencia del programa de investigación científica debe ser un continuo, y no sólo de pequeños instantes, ya que de presentarse una inconsistencia dentro del programa, entonces se vuelve pseudocientífico automáticamente, ya que su finalidad es la búsqueda de la verdad, en ese sentido, el programa se vuelve degenerativo o regresivo, más no inservible, pues Lakatos afirma: “(...) Los científicos tienen la piel gruesa. No abandonan una teoría simplemente porque los hechos la contradigan (...)” (1978: 12).

Los investigadores comprometidos que trabajan continuamente en la escuela jurídica, no sólo tienen la potestad de resolver los problemas de acuerdo al programa, que en términos kuhnianos sería: “(...) la actividad de resolver rompecabezas (...) [más] no pretende encontrar novedades de hechos o de teorías (...)” (2007: 129), sino que nosotros afirmamos que además deberán estimular, modificar o seguir creando principios, fundamentos, normas, categorías de la teoría desarrollada en una escuela jurídica.

Entonces, apoyándonos en la epistemología de demarcación de Lakatos, decimos que una escuela jurídica será tratada como tal si además de contener sus elementos básicos y los seguidores comprometidos, también “resuelve problemas con relevancia práctica de manera consistente”; y quizá alguien podría afirmar que no existe diferencia entre los investigadores comprometidos que laboran continuamente en una escuela jurídica con el factor de “resolver problemas de manera consistente”; a ellos les diremos que mientras los primeros están comprometidos en resolver problemas de acuerdo a lo que dicta la escuela jurídica e incluso son capaces de modificar o crear nuevas teorías a favor del programa; el segundo se trata de un seguro o garantía de no caer o crear contradicciones absurdas a través respuestas pragmáticas anárquicas, es decir, de utilizar conceptos, principios, métodos o fundamentos de una escuela jurídica ajena a fin de dar solución a un problema de una escuela jurídica determinada.

Diremos entonces que la diferencia anterior estriba en “compromiso versus producción sin contradicción o predicción”, ya que puede existir buena voluntad en un programa, pero los productos pueden o bien contradecir al programa o no resolver los nuevos problemas, y cuando sucede ello, estamos hablando de una escuela jurídica trunca o degenerativa.

Y referido al segundo factor: **(b) instauración como programa estatal de resolución de conflictos**, se enfoca a la credibilidad y garantía que existe de la escuela jurídica para formar parte como un programa en la resolución de conflictos jurídicos en un determinado Estado, porque no sólo serán los investigadores los que estarán comprometidos, sino que serán los ciudadanos los más interesados en elegir a dicha escuela, porque encontrarán la

confianza necesaria de que se les resolverán sus problemas de manera eficiente, eficaz, científica y sobre todo basado en una justicia razonable desde su posición.

Estos dos factores hacen que no desaparezca de buenas a primeras una escuela jurídica, sino que los investigadores trabajarán a un doble ritmo, tanto los científicos como los teóricos de la escuela jurídica.

Así como nos hemos apoyado en las partes esenciales de Imre Lakatos, también **diremos que no estamos de acuerdo respecto a que un sólo programa de investigación científica es la que brindará solución a los problemas vigentes**, un programa que se imponga sobre los demás porque tenga mayor capacidad de predictibilidad, y debemos tomar en cuenta no estamos hablando de la imposición de un programa progresivo ante un regresivo, sino de la imposición entre programas progresistas, y es aquí donde afirmamos que Lakatos no resuelve dicho altercado, y sí nos pusiéramos en la mente de Lakatos, por deducción él nos afirmaría que debemos preferir al que tenga mayor poder de resolución de problemas o mayor poder predictivo entre los programas progresistas.

Nosotros al contrario de Imre Lakatos, afirmamos que si los programas jurídicos o escuelas jurídicas han alcanzado su estatus como tal, no deben imponerse una frente a la otra, o en términos lakatinos no deben ser programas rivales, sino que deben estar latentes y vigentes a fin de que la ciudadanía elija la forma de justicia que prefiere invocar, entonces el lector con justa razón puede preguntar: **¿En un Estado democrático o socialista donde por tradición existe una familia civil law, common law, soviet law, familia religiosa o mixtas, cómo pueden imponerse las formas de administrar justicia de acuerdo a escuelas jurídicas y sobre todo cómo pueden resolverse los conflictos jurídicos si uno es iusnaturalista y otro el iusmarxista, con qué criterio se debe resolver ése conflicto?**, la respuesta será motivo de análisis en el capítulo VIII de la presente tesis.

Antes de culminar, debemos aseverar que para que un Estado apruebe una determinada supuesta escuela jurídica debe cumplir el requisito de ser una actividad progresiva que resuelva problemas (conflictos jurídicos), lo cual quiere decir, que si un programa o supuesta escuela jurídica ha sido aprobado por el Estado necesariamente se ha probado que resuelve problemas jurídicos de forma eficiente, más no puede ser en forma viceversa, es decir, que una supuesta escuela jurídica sea aprobada por el Estado sin ser una actividad progresista de resolución de conflictos.

3.3. SOBRE LAS MENCIONADAS ESCUELAS JURÍDICAS

En el presente apartado se trabajará analizando los puntos en común a los que han arribado los principales representantes de cada escuela jurídica (aún no delimitadas como tal, porque a posterior se dará a demostrar efectivamente los que están en proyecto y los que van progresando poco a poco), dicho en mejores palabras, se colocarán en común los tópicos explicados, investigados o tratados con énfasis sobre: (a) el objeto de estudio que tratan de analizar, (b) el método que utilizan para analizar el objeto de estudio y (c) el fin que persigue a razón de la suma del objeto y el método; de esa manera, se pasará analizar a las escuelas jurídicas más representativas.

3.3.1. Iusnaturalismo

3.3.1.1. Representantes del Iusnaturalismo

La presente escuela jurídica contiene al mismo tiempo microescuelas que difieren en la forma de tratar de analizar el objeto de estudio, pues el iusnaturalismo al ser multivoco, es decir, que es difícil y erróneo tratar de definir a razón de sus diferentes acepciones, el

reconocido filósofo del derecho Silva (2011: 174) afirma que existe un derecho natural griego, romano, cristiano, racionalista, neo-tomista, entre otros más, lo que conlleva a una aparente imposibilidad de definir qué es el derecho natural y consecuentemente su objeto, método y finalidad.

Sin embargo, Platón, Aristoteles, Santo Tomas de Aquino, Kant y Giorgio del Veccio son los principales representantes de ésta escuela, por lo que analizaremos sus pensamientos y expresiones más resaltantes que nos ayuden a esclarecer: (a) el objeto de estudio, (b) el método que hará posible su análisis y (c) la finalidad que debe conllevar su investigación.

Comenzaremos entonces con **Platón** con su obra *La República* (2012), pues es allí expresa de forma clara lo que él entiende por justicia, debemos también hacer mención que su obra es un dialogo formado entre su maestro Sócrates y sus discípulos, por eso en la página 21 la primera conversación sobre lo que es la justicia la inicia con Céfalo cuando Sócrates le dice: "(...) ¿está bien definida la justicia haciéndola consistir simplemente en decir la verdad, y en dar a cada uno lo que de él se ha recibido? (...) Por ejemplo, si uno después de haber confiado sus armas a su amigo, se las reclamase estando demente, todo el mundo conviene en que no debería devolvérselas, y que cometería un acto injusto, dándoselas. También están todos acordes en que obraría mal sí no disfrazaba algo la verdad, atendida la situación en que su amigo estaba."

Con la conversación precedida, Sócrates trata de encontrar un dialogo de lo que en realidad es la justicia, y que a través de arduos debates con distintos personajes tales como Polemarco (hijo de Céfalo) quien defiende la doctrina de Simónides quién definía la justicia "(...) como dar a cada uno lo que se le debe (...)" (Platón, 2012: 21), finalmente llega a contradecirla al escudriñar el sentido de ésta frase al decir Socrates: "Entonces Simónides llama justicia a hacer el bien a sus amigos y mal a sus enemigos" (Platón: 2012: 22); luego tiene otras conversaciones con Glaucón, Trasimaco, Adimanto y Clitofón.

Fue en el Libro II cuando Sócrates conversa con Adimanto al decirle: "(...) ¿no se encuentra la justicia en un hombre y en una sociedad de hombres? (...) Por consiguiente, la justicia se mostrará en ella con características mayores y más fáciles de discernir. Y así indagaremos primero, si te parece cuál es la naturaleza de la justicia en las sociedades; en seguida, la estudiaremos en cada particular; y comparando estas dos especies de justicia, veremos la semejanza de la pequeña con la grande" (Platón: 2012: 58); a través de esa explicación, lo que promueve Platón es construir un Estado justo al cual denominará: La República, claro que en el Libro II lo que prima es la demarcación que existe entre un estado justo e injusto.

Entonces, ya en el Libro III continua dialogando con Adimanto y Glaucón, comienza a explicar sobre las virtudes que debe tener el estado justo a fin de evitar los vicios que perjudican la naturaleza de la justicia, sobre por ejemplo que estado que pretende formar Sócrates que los ciudadanos se formen en cultivar el alma mediante la música y las artes, para luego formar el cuerpo con la gimnasia severa, lo mismo para juez, quién debería un alma pura a fin de que su bondad le ayude a discernir hacia lo justo, por lo que en su mayoría deberían ser jueces maduros y no jóvenes (Platón, 2012: 95 y 101).

Sócrates trata de buscar una armonía entre el alma y cuerpo, de esa manera el método que emplea es (a) fortificar el alma es a través de la música la que producirá el ablandamiento del corazón duro y dulcificar su valor, de lo contrario los vicios que presentará ése ciudadano será la testarudez, el ánimo antojadizo y la cólera; y por otro lado (b) fortificar el

cuerpo a través de la música, ya que en ella el ciudadano se hará más atrevido, valiente e intrépido, caso contrario serán temerosos, tímidos o cobardes ante los desafíos. Por esa razón, la conducta de los ciudadanos estará acorde a las leyes de la medida y la armonía sirviendo eficazmente a su patria. (Platón, 2012: 103 y 106)

Finalmente, en el Libro IV, Sócrates resuelve la pregunta de qué es la justicia cuando hace una comparación de lo que delimitado al decir cómo debería ser un estado justo al cual denomina su república, por lo que encuentra cuatro virtudes: prudencia, fortaleza, templanza y justicia (Platón 2012: 118).

Para su mejor entendimiento, Sócrates explica que la prudencia es la ciencia: "(...) que tiene por objeto la conservación del estado y reside en aquellos magistrados que están encargados de su guardia (...)" (Platón 2012: 119), aquí está tratando de afirmar que la prudencia lo tienen los filósofos, quienes deberían gobernar por excelencia porque en ellos hay sabiduría y poder para gobernar con valores. Luego explica que la fortaleza es: "(...) una especie de conservación" (Platón 2012: 120), con esto nos trata de decir que la educación a través de las artes y la gimnasia, los ciudadanos han logrado canalizar los más profundos sentimientos sobre el deber a su patria y el deber de servir entre ellos, que pese a las debilidades, el dolor, el temor o los bajos deseos, seguirán permaneciendo a sus firmes convicciones.

Además, está la templanza que acorde a Sócrates no es más que un "(...) orden, un freno que el hombre pone a sus placeres y a sus pasiones" (Platón 2012: 121), aquí nos explica que el ciudadano es dueño de sí mismo, que tanto los que dirigen la nación como los que acatan se gobiernan así mismos obedeciendo las leyes lo cual genera una armonía entre ellos.

Y finalmente la justicia viene a ser el principio rector de las tres virtudes antes señaladas, ya que Sócrates afirma: "(...) La justicia, en efecto, es algo semejante a lo que prescribíamos en concepto de que se detiene en las acciones exteriores del hombre, sino que arregla el interior, no permitiendo que ninguna de las partes del alma haga cosa que lo que le concierne y prohibiendo que las unas se entrometan en las funciones de las otras (...)" (Platón 2012: 135); con ello refiere a que una vez delimitado las funciones y virtudes de los ciudadanos en el estado, ninguna usurpe las funciones del otro, pues el zapatero no puede hacer de vigilante, como así el vigilante no tiene talento para hacer zapatos, usurpar las funciones o tergiversar las virtudes una por otras, conlleva a un estado injusto, esto es que todo valla en contranatura del orden natural.

Por lo tanto, hasta donde se analizado, podemos concluir que el objeto de estudio del Derecho o como suele llamar: La Ley, han sido los valores de la prudencia, fortaleza, templanza y justicia, y su método es la educación gradual de selección a través de la formación de un alma virtuosa y un cuerpo sano, música y gimnasia, haciendo una selección entre los talentos que priman en su naturaleza, esto es con la finalidad de que se forme un estado justo, y pese a que la justicia es una virtud como objeto de estudio ésta es al mismo tiempo la finalidad que persigue, es decir, la armonía entre las tres virtudes antes señaladas.

Otro filósofo que amerita ser analizado o estudiado por el iusnaturalismo es **Aristóteles**, con su obra *Ética a Nicómaco*, específicamente en su Libro V explica que: "(...) es injusto el que se parta de la ley; y el que se excede en sus pretensiones y el que todo lo hace de forma desigual; lo que hace ver, entonces, que es justo el que está del lado de la ley y de lo igual y lo injusto consiste en apartarse de la ley y en lo desigual" (2011: 170); aquí nos

está tratando de demostrar que los hombres debemos estar regidos bajo leyes y que además debemos obrar con igualdad ante todos y asimismo, por esa razón denomina a la justicia como: «(...) la mejor de las virtudes (...) que “en la justicia se dan juntas todas las virtudes”» (2011: 172); por lo que aquí ya podríamos adelantarnos a decir que el objeto de estudio del Derecho o como prefiere llamar Aristóteles: La Ley, vienen a ser las virtudes, y la finalidad de todo éste estudio vendría a ser la justicia.

De todas formas, sigamos analizando qué entiende por justicia Aristóteles. Para él, existen dos tipos de justicia total y específica, y dentro de la específica encontramos dos al mismo tiempo a la justicia: distributiva y correctiva, y ésta última en: voluntarias y no voluntarias.

La justicia distributiva es lo que viene a ser proporcional en forma geométrica (Aristóteles: 2011: 178), es decir, que la equivalencia de A sea igual a la de B, C y D, de tal suerte que los cuatro tienen el mismo valor de peso y medida; mientras que la justicia correctiva o también denominada justicia en los tratos recíprocos refiere a la igualdad de corte aritmético, es decir, la nivelación del término medio ante el daño causado, en la que no se haga un resarcimiento en exceso y tampoco en defecto basados en características de pérdidas y ganancias, de allí que es necesario ir a un tercero imparcial que en éste caso es el juez, con la finalidad de quitar al que tiene más y dar al que tiene menos (Aristóteles 2011: 179 y 180).

Ahora bien, cuando se dice que son voluntarios son aquellos nacidos por la manifestación de voluntad de querer realizar algo, por ejemplo, realizar un contrato, un usufructo, la compra venta, etc.; mientras las involuntarias son aquellas nacidas del crimen, porque éstas no nacen de la voluntad, sino de la coacción o la intimidación (Aristóteles 2011: 176)

Por otro lado, también hace una clasificación sobre la justicia natural y la legal, mientras que la natural es: “(...) la que tiene en todas partes la misma potestad de imposición y no está sujeta a aprobación o a desaprobación y que, al reconocerla como tal, ya no cabe recusar su autoridad (...) porque lo que es por naturaleza es inmutable y tiene en todas partes la misma potestad de imposición, lo mismo que el fuego que quema aquí como en Persia” (Aristóteles 2011: 188), lo que en pocas palabras está diciendo es que la justicia natural, no la puede cambiar el hombre y por tanto debe imitarla porque es la más perfecta, así desde luego existen leyes legales, las cuales ha creado el hombre, de las que ellas sí son imperfectas, aunque dentro de ellas una sea un mejor modelo que la otra (Aristóteles 2011: 188).

Bueno, hasta aquí se ha llegado a establecer el objeto y la finalidad de estudio del Derecho, sin embargo, aún no se ha llegado a saber el método que emplea para llegar a tal fin, de allí que Aristóteles explica que: “(...) La justicia es, así, un término medio, pero no como las otras virtudes, sino porque el término medio es lo propio de ella en tanto que de la injusticia son los extremos” (2011: 185), lo que nos conlleva a analizar qué se debe entender por el término medio o justo medio.

La virtud de acuerdo a Aristóteles, se va a encontrar en el justo medio, y en los extremos los vicios, por ejemplo el virtuoso será valiente mientras sus extremos son la cobardía y la temeridad, pero la pregunta es: ¿cómo alcanzar ése término medio o justo medio?, la respuesta no ha sido fácil para nuestro filósofo en análisis, en tanto que cada caso en la vida cotidiana es difícil discernir si estamos frente a extremos o en el medio de los vicios, como por ejemplo en qué casos dar un préstamo exorbitante, aquí se abren preguntas del

cómo, hacia quién, por qué motivos y cuándo debe uno irritarse, una respuesta tajante que realiza Aristóteles es escoger el menor de los males (2011: 75-76).

Por lo tanto, concluimos hasta aquí, que para Aristóteles el objeto de estudio del Derecho viene a ser las virtudes y una de las mejores virtudes es la justicia, luego como método para analizar o estudiar dichas virtudes es la herramienta o la idea del justo medio, que como él mismo lo dijo, no es una tarea muy fácil llegar a discernir, para finalmente llegar al fin de todo ése estudio alcanzar lo que es la justicia.

Otro iusnaturalista por excelencia de la Edad Media es **Santo Tomas de Aquino**, quien con su obra magna la *Suma Teológica*, específicamente en su libro tercero explica detenidamente sobre la virtud de la justicia. De esa manera, en su Cuestión 57, artículo 1, comienza analizando si el Derecho es objeto de la justicia, por lo que su respuesta es la siguiente: “(...) la justicia, dentro de las demás virtudes, es ordenar al hombre en las cosas que están en relación con el otro (...) por eso, el objeto de la justicia, a diferencia de las demás virtudes, es el objeto específico que se llama lo justo. Ciertamente, esto es el derecho. Luego es manifiesto que el derecho es el objeto de la justicia.” (1990: 470, volumen III); con ésta afirmación, el filósofo da a entender que la justicia es el común denominador de las demás virtudes, porque para él ya no son 4 al cual él denomina las virtudes cardinales: prudencia, fortaleza, templanza y justicia, sino también las virtudes teologales: fe, esperanza y caridad; así mientras las 6 virtudes inciden o trabajan directamente con el sujeto o la persona en forma individual, la justicia se observa a través de la relación de los actos entre dos personas necesariamente, a esto Tomas lo denomina derecho, aunque no haya definido en sí que es el derecho, pero lo asimila que es una sinonimia de la justicia.

Ahora bien, en la Cuestión 58, Santo Tomas de Aquino define qué es la justicia tratando de responder: «¿Está definida correctamente la justicia diciendo que “es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”?» (1990: 475, volumen III); pues para él la respuesta es afirmativa, en tanto que todo acto realizado por el hombre será virtuoso (entiéndase a esto como el acto bueno) si se realiza con voluntad, es decir, exento de ignorancia o presión, asimismo se dice constante y perpetua porque se requiere una linealidad de ése acto de dar cada uno su derecho, y ésta última frase implica una materialidad de relaciones justas, en pocas palabras, todos los actos que puedan ser corregidos por la recta razón (1990: 478 y 482, volumen III).

Hasta el momento podríamos llegar afirmar que el objeto de estudio del Derecho según Santo Tomas de Aquino sería la justicia, luego el fin de estudio sería: “(...) ordenar al hombre al bien común” (1990: 480, volumen III), tal como lo explica en su artículo 5 de la Cuestión 58, pero al mismo tiempo cuando se habla de orden también se invoca o se deduce que debe haber reglas, normas o leyes que rijan, de tal suerte que en el Tomo II, en la Cuestión 91 que versa sobre La Ley, el autor nos explica que: “(...) Es, pues, patente que la ley natural no es otra cosa que la participación de la ley eterna en la criatura racional.” (1990: 711, volumen II); aquí nos está tratando de demostrar que por encima de la ley natural está la ley eterna, ya que el universo está regido por la razón divina (atemporal en pocos términos), pero además nos dice que el hombre participa indirectamente en la obra divina y por ende esa pequeña participación en la ley eterna es la que se denomina ley natural, la que nos ayuda a discernir entre lo bueno y lo malo; mientras que la ley del humano, debe derivarse de la ley natural. Entonces, lo que debe aspirar el hombre justo es siempre aproximarse a la ley eterna, tratar de crear leyes atemporales.

Y si queremos saber cuál es el medio o método para llegar a dicho fin; de acuerdo al filósofo angélico, sería a través del juicio, cuyo tópico lo desarrolla en la Cuestión 60, ya que desde el artículo 1 explica que el juez es el único que puede pronunciarse sobre derecho, ya que él permanece en virtud. Esto conlleva a que existan tres condiciones para el juicio sea lícito: (a) que exista una inclinación hacia la justicia, (b) que tenga el respaldo del estado y autoridad pertinente y (c) que la sentencia sea producto de la prudencia, además claro está que deban ser juzgados de acuerdo a las leyes escritas (1990b: 492, 493 y 497); caso contrario todo acto sería injusto, incluyendo juicios basados en sospechas y juzgamientos con personas no autorizadas. Así, el método de análisis para llegar al fin que se propone el objeto de estudio es el juicio, cuyo representante es el juez virtuoso.

Como penúltimo iusnaturalista de ésta lista es el filósofo **Kant**, quien con su obra *Metafísica de las costumbres* explica detalladamente de lo que se debe ocupar el Derecho. Pues bien, él comienza definiendo Derecho como: "(...) el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad" (Kant 2008: 39); esto significa que el Derecho, no es una teoría, sino una *práxis* que tiene un hombre frente al otro, pero al mismo tiempo guiado por la libertad, una categoría imprescindible de asumir responsabilidad entre lo moral y lo inmoral, entre lo bueno y lo malo.

Continúa analizando Kant que las legislaciones (o sistemas jurídicos de diferentes países) pueden variar entre ellas, pero lo que tienen en común es que hacen de la acción un deber en la persona, y ésta al mismo tiempo genera una ética en el individuo; entonces los deberes nacidos de la legislación (las normas estatales) sólo pueden ser externos, es decir, que no son productos del arbitrio de la persona, sino de coacción, de cumplimiento obligatorio, lo cual es distinto a los deberes morales, que si bien nacen de los deberes individuales, entendidas como máximas -reglas subjetivas- (2008: 23-24), éstas últimas jamás pueden ser imperativos categóricos; y se entiende como imperativos categóricos a lo que es: "(...) ¡obra según una máxima que pueda valer a la vez como ley universal! (...)" (2008: 31-32), es decir, que las legislaciones jurídicas se puedan tomar en consideración como el legislador las tomaría.

Así, podemos asumir que el (a) objeto de estudio del Derecho según Kant viene a ser el imperativo categórico, de cumplimiento universal, de tal suerte que va a tener dos elementos: (1) una ley que convierte la acción en deber (parte teórica) y (2) la ley hace del deber un móvil (parte práctica) (Kant 2008: 23), luego (b) el método de estudio es el libre albedrío de la persona, ya que sólo el hombre que posea razón es dueño de su libertad y por ende también de su voluntad para discernir entre lo moral y lo inmoral (Kant 2008: 16); y finalmente su (c) fin de estudio sería exista la convivencia pacífica de la libertad de unos con otros, lo cual al mismo tiempo genera una sociedad virtuosa, pues como el mismo Kant afirma: "Cuando el propósito no consiste en enseñar la virtud, sino sólo en exponer que es conforme a derecho (recht), no es lícito, ni se debe incluso, presentar aquella ley del derecho como móvil de la acción" (2008: 40)

Y finalmente tenemos a **Giorgio del Vecchio** que con su obra *Los principios generales del Derecho*, él explica en la primera parte de su libro acerca de la importancia del iusnaturalismo en el sistema jurídico también denominado derecho positivo, de esa manera inicia afirmando: "(...) corresponde al jurista la nada fácil misión de descubrir los principios fundamentales de todo el sistema (...)" (Vecchio 1933: 24), con esto nos trata de decir que el juez reconoce que el sistema jurídico es complejo, incompleto y no acabado, es por ello

que debe recurrir a los principios generales del derecho, es decir, a desentrañar el fin del Derecho para un determinado caso, de allí que su obra tiene ésa nomenclatura.

Ahora bien, Vecchio explica que el juez primero debe recurrir los dispositivos normativos, después a la analogía y en última *ratio* debe utilizar los principios generales del Derecho (1933: 36); pero la pregunta es: ¿qué son los principios generales del derecho?, pues si bien el autor del libro en mención no da una definición exacta de lo que es, si explica de qué está compuesta, por lo que refuta los pensamientos de que ella no debería contener principios generales naturales, ya que muy aparte de su imprescindible base teórica natural que existe en el sistema jurídico, el juez tiene una tradición iusnaturalista (1933: 28).

La mayoría de los artículos contenidos sistema jurídico están basados en las máximas de la razón natural, tales como: "(...) nadie pueda transmitir a otro más derechos que los que él mismo tiene; que a la fuerza sea lícito oponer la fuerza, y que, por tanto, todo hombre tiene la facultad de defenderse contra las agresiones de que sea objeto; que las utilidades de toda cosa deben corresponder a aquel sobre quien pesan las pérdidas; nadie puede enriquecerse injustamente en perjuicio de otro (...)" (1933: 66); ante lo dicho incluso se podría decir que así como el mundo civilizado ha sido obra de los hombres, sus principios también deben encontrarse en nuestra mente humana, y siendo más específicos: ello se encuentra en el espíritu humano, la que genera al derecho como un fenómeno y como idea (1933: 29).

Pero tampoco se debe caer en el error de despreciar o dejar de lado al derecho positivo, esto es porque las normas jurídicas elaboradas por el derecho positivo son de corte esquemático, rígido y realístico son imprescindibles para evitar que el juez dictamine o sentencie de acuerdo a un criterio personal o una determinada inclinación, por lo que debe tener límites, a ello se le llama entonces: seguridad objetiva (Vecchio 1933: 72), pero no debe confundirse que por el hecho de que debe existir una seguridad todo deba ser especificada al punto de que exista un derecho positivo por cada sector o en el peor de los casos exista un derecho específico de un lugar que se extrapole a otro sector cuya realidad es distinta; entonces, los principios generales del Derecho no son exclusivamente iusnaturalistas, ni tampoco positivistas, es decir, de un solo momento y lugar haciendo de ella algo general, sino que ambas deben fluir y hacerse uno.

Entonces, la racionalidad natural no discrepa con el derecho positivo, sino que coinciden (Vecchio 1933: 24), porque a pesar que de que el derecho positivo, la que delimita prescripción de actos u omisiones de obligatoriedad en un tiempo y lugar con rasgos de sistematicidad, rigurosidad y realístico, no significa que los derechos naturales hayan sido vencidos, a razón que no han sido escuchadas por el derecho positivo, sino todo lo contrario, tarde o temprano terminarán ganando terreno y derogando las reglas o dispositivos normativos que negaban los derechos naturales, cómo fue la suerte del esclavo en la Roma antigua (Vecchio 1933: 70) como también en otros países y tiempos, la cual en la actualidad está prohibida, sólo no son derogas aquellos derechos naturales que están positivizados, pues son ellas las que perduran en el tiempo.

Llegado hasta aquí, comenzaremos con unas previas conclusiones, Vecchio pone por encima al Derecho natural por sobre el Derecho positivo, ya que el primero es la base para el sistema jurídico, que además contiene principios arraigados y propuestos por el Derecho natural, luego el autor nos dice: "La escuela del Derecho natural ha tenido y pretende esencialmente mantener la no arbitrariedad del derecho, o sea la existencia de una relación necesaria entre la substancia intrínseca de las cosas y las respectivas reglas del derecho. Hasta aquel principio a que especialmente nos hemos referido, del derecho innato y

absoluto de la persona (...)” (1933: 65), aquí nos está indicando que la finalidad del Derecho es la verdadera relación entre la esencia de los entes (cosas y la persona) con las reglas del derecho positivo, es decir, que la esencia ya sea del ser humano y de las cosas (en sentido holístico filosófico), guarden una verdadera relación de convivencia con las reglas impuestas por el legislador (que bien pueda ser un rey, un senado, un congreso, etc.) caso contrario hablamos que existe una injusticia, la que tarde o temprano saldrá victorioso las reglas de acuerdo para las esencias o naturalezas de los entes.

El objeto de estudio viene a ser los principios generales del Derecho, porque allí es donde radican las respuestas últimas a los problemas jurídicos o conflictos sobre la justicia, por eso páginas más arriba citábamos a Vecchio cuando explicaba que los juristas tienen la difícil labor de descubrir que son los principios generales del Derecho.

El método de estudio para analizar los principios generales del Derecho para llegar a una relación coherente y justa entre la esencia de los entes y las reglas del derecho positivo viene a ser a través de la razón natural o también denominada meditación filosófica sobre el Derecho, pues como afirma Vecchio: “(...) El progreso que en esta materia solemos percibir, consiste bastante más en el esclarecimiento gradual de los principios o motivos incluidos ya desde los albores de la meditación filosófica sobre el Derecho, que en el descubrimiento de otros nuevos (...)” (1933: 31) y el concepto razón natural la encontramos en la página 65 y 66 cuando asevera que la forma de resolver un problema jurídico deba hacerse a través de la razón y que ésta tiene dictados *jus naturae*.

Hasta aquí, entonces hemos analizado a los representantes de la escuela iusnaturalista, y se ha llegado a analizar en sus pensamientos qué es lo que ellos trataban de estudiar, el método que empleaban para llegar a una finalidad mediante ése estudio, sin embargo, otros autores como el profesor Michel Villey, Michael Novak y representantes de la corriente del Human Flourishing analizan con mayor detenimiento el Derecho Natural o iusnaturalismo.

Para comenzar, **Michel Villey** propiamente no viene a ser un iusnaturalista en sentido estricto, pues como afirma Carlos Ignacio Massini: “[Villey] se define como un historiador de la filosofía del Derecho” (1975: 3), asimismo el mismo autor citado declara en su libro Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho declara que: “la ciencia del derecho es histórica” (citado en Massini 1975: 3) y finalmente en su libro Estudios en torno a la noción de Derecho Subjetivo, realiza estudios y análisis históricos de la palabra “jus” desde los escritos romanos y cómo ha ido evolucionando éste concepto hasta la actualidad realizando críticas a Ulpiano, Justiniano, Santo Tomas de Aquino, etc., poniendo en alto que los romanos no querían dar a entender que la palabra jus implicaba una facultad de dar a cada quien lo que le pertenece o que el jus se relacionaba directamente con los valores, sino con el dominio (lo suyo) de algo en correspondencia al individuo (Villey 1976: 28).

De esa manera, llega a la conclusión de que el concepto jus es un sustantivo neutro, que no implica un verbo de acción justa, sino que implica cosa justa, de tal suerte que propone lo siguiente: (a) El Derecho no es sinónimo de ley, pero tampoco lo es de la ley moral; sino que es una cosa, una medida precisa en la relación particular de los patrimonios; (b) para analizar el sentido de las cosas, no es necesario recurrir a las cualidades del objeto, sino a su esencia basadas en la ley natural; (c) ahora bien el Derecho Natural no debe confundirse con la ley natural, pues el primero es la ciencia del Derecho, y el segundo es la ley no escrita, sino filosofada o razonada de la misma naturaleza (Vallet de Goytisoló 1991: 20-22).

Por lo tanto, el estudio o aporte de Michel Villey radica en que para poder analizar la escuela iusnaturalista, es necesario volver al concepto clásico, por lo que propiamente no es un iusnaturalista, sino que analiza el concepto jus a través del método histórico para aclarar qué es lo que realmente los iusnaturalistas entienden por su escuela y por sobre todo ¿qué es el Derecho?

Luego el profesor **Michael Novak** filósofo católico estadounidense analiza la forma de gobierno del socialismo democrático y del capitalismo democrático desde una visión ético religiosa, de tal suerte que se plantea: “¿Cuál es la manera más efectiva y práctica de aumentar la riqueza de las naciones?” (1983: 145), claro siempre en cuando se mantenga una posición inclinada hacia las necesidades de los que menos tienen.

A inicios, en su juventud, Novak sentía mayor atención respecto a formar un gobierno social, de tener lazos con la comunidad, los barrios familiares y el fruto del trabajo propio, sin embargo, con el pasar del tiempo, es decir, al estudiar a Maistre, Chesterton, Belloc, Scheler la filosofía protestante y católica inglesa, se dio cuenta que el socialismo democrático era incoherente (1983: 143-144), ya que si una economía es planificada coercitivamente, deja de ser democrática; ahora bien el capitalismo democrático tampoco se iguala al sistema del Reino de Dios, ni está exenta de pecado (1983: 147), ya que la misma palabra invoca a tener en mente: desigualdad, desventaja, explotación, etc.

Entonces debemos preguntar afirma Novak: “¿Existe pues una forma de economía política que sea constante con la tradición judaica y los evangelios cristianos?”, la respuesta es sí, y su forma de gobierno es capitalista democrático, pero entendida bajo cimientos de: (a) economía, (b) moral y (c) política; sólo así se puede llegar al espíritu del capitalismo democrático, en la que los vicios como la explotación, la manipulación en ventas y necesidades, irresponsabilidad estructural, centralización de poder por los comerciantes, la provocación de la envidia (1983: 162); sólo que el problema se enmarca cuando la moral evoluciona juntamente con la era posindustrial la cual es generada por los cambios de los estilos de vida, haciendo entre ellas un feedback al cual cada vez se hace imposible tener un objetivo sensato, el cual si bien es cierto el espíritu del capitalismo es la evolución y el avance de una congruencia y satisfacción de necesidades en una sociedad, al mismo tiempo ése espíritu se hace impredecible por las causas o factores.

Y finalmente la corriente del **Human Flourishing** o también denominado el florecimiento humano está basado en las problemáticas que tienen las personas que carecen de recursos económicos y desigualdad: ya sea ante la ley o de oportunidades, la cual entorpece que ellos no puedan florecer o cumplir las metas que ellos anhelaban (Dieterlen 2007: 157); de allí que es necesario que para que puedan florecer o desarrollarse, el estado realice cambios políticos y económicos.

Ahora bien, ésta corriente está siendo desarrollada por innumerables humanistas que desean proponer los cambios respectivos en los Estados, para ello, los investigadores proponen: (a) un nuevo eje de evaluación sobre lo qué es la pobreza y cuando el hombre obtiene esas necesidades básicas para que pueda florecer; (b) acercamientos de la nueva relación de las necesidades básicas del hombre a los derechos naturales; (c) que los estándares antes mencionados sean aplicados a nivel internacional (Dieterlen 2007: 156).

Por otro lado, no puede dejarse de lado que para un efectivo desarrollo, las formas de producción y el trabajo deben cambiar su paradigma, como el saber utilizar el tiempo libre; esto implica que los tres elementos antes explicados son sólo considerados como los

elementos preexistentes, mientras que el trabajo y el tiempo libre son las herramientas para el sostenimiento del florecimiento humano (Boltvinik 2003: 23-24)

3.3.1.2. El objeto, método y finalidad

Ante lo estudiado, el objeto de estudio para Platón y Aristóteles y Santo Tomas de Aquino son los valores, claro, ellos entienden que es el Derecho es una gama de virtudes y que por excelencia está la justicia que es el valor de mayor análisis, mientras que para Kant y Giorgio Del Vecchio son los imperativos categóricos y los principios generales del Derecho, el primero se refiere a las máximas que valen como ley universal, son como equivalentes a principios universales que son a priori, mientras los segundos son los principios rectores de un sistema jurídico del que sin ellos, el sistema no sólo sería incompleto, sino injusto; por lo tanto, podemos concluir que el objeto de estudio del iusnaturalismo ha sido y serán los valores cuya directriz siempre tendrá que ver con la justicia, en pocas palabras, **valores encaminados hacia la justicia** y sería muy aventurado afirmar que sólo la justicia es el objeto de estudio de la escuela en análisis, pues como cada autor del iusnaturalismo refiere, los valores que le dan vida a la justicia son otros valores tales como: la prudencia, la fortaleza, templanza, las máximas en valores, entre otros.

El fin de estudio del iusnaturalismo de acuerdo a Platón, Aristóteles y Kant es alcanzar un orden social justo, en la el fuerte no se aproveche del débil o que un sector reducido cree circunstancias de ventaja frente a las mayoría; mientras que Giorgio del Vecchio se inclina hacia una coherente relación entre la esencia de los entes con las leyes positivas, por lo que podemos al subsumir la pretensión Del Vecchio con los demás autores analizados es: **realizar un sistema jurídico coherente a la esencia de las personas, a las relaciones entre las personas y los objetos, que promuevan el bien común**, ya que al decir orden social, se refiere también a las relaciones existentes entre las personas en su común vivir y hasta los extraordinarios, pero estas relaciones con los demás, con los objetos y para consigo mismo deben ser a través de los valores de la justicia.

Para Santo Tomas de Aquino el fin de estudio viene a ser es respeto por la ley Divina que está por encima de cualquier ley natural o del hombre, y esa ley se encuentra en la Biblia cristiana, por lo que el hombre sólo debe seguir esa ley divina para alcanzar la verdadera justicia. Entonces aquí podríamos decir que existen dos tipos de iusnaturalismo: (a) racional y (b) teológico.

Y finalmente acerca del método de estudio del iusnaturalismo, difieren los autores, pues para Platón es la educación a través del arte y la gimnasia; luego para Aristóteles es a través del justo medio y que ésta solo se logra mediante el cultivo de los valores; después para Santo Tomas de Aquino es por el sometimiento a un juicio basado e inspirado en los valores y de forma secundaria por las leyes del hombre (leyes positivas), enseguida para Kant es a través del libre albedrío y que ésta sólo es posible por la razón y mejor será su libre albedrío si su razón aumenta y esto solo es posible por la práctica de valores positivos o morales; y finalmente para Del Vecchio también viene a ser la razón, sólo que es una razón natural, una razón que parte del filosofar sobre los valores positivos plasmados en la sociedad; por lo tanto, se llega a la conclusión que el método de estudio, si bien difieren, es **el filosofar sobre los valores y ponerlos en práctica**, ya que el iusnaturalismo es teoría y práctica al mismo tiempo.

A manera de conclusión de ésta parte afirmamos que el iusnaturalismo ha estudiado desde siempre a los valores que tienen relación directa con la justicia, siendo éste último también un valor, por lo que para analizar éstos valores y afirmar de qué tratan se deben filosofar

sobre ellos y que además se deben por en práctica para que finalmente exista una sociedad con relaciones justas.

3.3.2. Iushistoricismo

3.3.2.1. Representantes

Como principal representante de la presente escuela es el maestro **Friedrich Karl von Savigny** quien con su obra *De la vocación de nuestro siglo para la Legislación y para la ciencia del Derecho* publicado en el año de 1814 exhorta con fundamentos sólidos que el Estado Alemán no estaba preparado aún para codificar y que al hacerlo produciría un daño terrible a la jurisprudencia alemana, y que dentro de éstos fundamentos se encuentra por ejemplo que el jurista debe saber de historia, debe comprender la sistemática de su ordenamiento y aplicar los tipos de interpretación que deben prevalecer por excelencia, por tanto, todo ello conlleva necesariamente un periodo de adiestramiento y capacitación para los juristas y no una mera improvisación a través de la codificación.

Pero es con su obra *Metodología jurídica*, cuyo año de publicación se desconoce, en la que especifica más claramente el objeto, método y fin de estudio del Derecho, sin embargo, ambas obras son imprescindibles para entender lo que Savigny pretendía o quería dar a demostrar del cómo debería elaborarse científicamente una jurisprudencia, la cual se explicará a continuación.

Para comenzar, Savigny aunque no lo diga de forma expresa, el objeto de estudio es la jurisprudencia y ésta debe ser entendida como las sentencias dictadas por los tribunales o jueces, de tal suerte que él incluso llega afirmar: "(...) la jurisprudencia de nuestros tribunales ha sido un miserable sucedáneo merced al miserable citado de nuestras facultades de derecho (...)" (1814: 124); con ello trata de reafirmar que los jueces no tenían la debida preparación para realizar sentencias acorde al derecho consuetudinario vivo, y claro estamos contextualizando ésta crítica con el pleno debate que existía en ese entonces: Codificar o no las leyes alemanas.

Entonces la pregunta sería: ¿cómo realizar una jurisprudencia científica o verdadera?, o en pocas palabras ¿cuál es el método para realizar una jurisprudencia que este a una altura científica?, para ello Savigny distingue dos etapas: (1) la creación de una verdadera legislación y (2) los pasos para una debida interpretación de esa legislación.

La primera etapa debe contener tres requisitos: (a) ser una ciencia histórica, es decir, que la ley o la legislación no es un producto al azar o de arbitrariedad (entiéndase esto como origen), sino que ha surgido por las mismas relaciones entre individuos para limitar su misma arbitrariedad y que además debe presentar una característica filológica, entendida a ésta como el reconocimiento del Derecho a través de la norma escrita para aplicarlas a un caso particular (Savigny 2004: 19), y no como una creación subjetiva del juez.

El otro requisito es (b) ser una ciencia filosófica, pero no entendida como una producción que busca la verdad holística en sentido estricto, sino como una producción sistemática o programática que busca una verdadera unidad de normas tanto del ámbito civil como del criminal, la que finalmente causará una congruencia y sistemática en las jurisprudencias resueltas por los jueces en diferentes partes del Estado (Savigny 2004: 21).

Y como tercer requisito, debe ser (c) una ciencia histórica y filosófica, lo que significa que dicha legislación debe contener el espíritu del pueblo, debe estar en constante cambio y

progreso, en la que deben anexarse nuevos presupuestos a la norma sin olvidar su origen y sistemática (Savigny 2004: 23).

Entonces una vez que recién se elabore una legislación sólida o como diría Savigny normas de elaboración absoluta recién se debe pasar a un modo de interpretar correcto que es la segunda etapa para la elaboración de una jurisprudencia científica, y estos pasos son los siguientes: (a) interpretar de forma lógica, con ello el juez no puede salir del marco del cual señala la ley, ni tampoco permite introducir otros elementos o conceptos ajenos a ella, por lo que al ser clara, puede establecer una relación entre los justiciados (2004: 25).

Luego se debe (b) interpretar de forma gramatical, ya que con ello comprende lo que la norma está tratando de prescribir, es decir, que aquí es donde ya se percibe el contenido de la norma el motivo por el cual se debe prohibir, permitir, otorgar, modificar, etc. las relaciones entre los sujetos ya delimitados de un proceso en particular (2004: 25).

Y finalmente debe existir por excelencia la (c) interpretación histórica, porque una ley o norma es establecida en un contexto y tiempo dado, pero ésta puede variar de acuerdo al contexto en que se presenta un nuevo evento jurídico, por tanto el juez lo que debe hacer es remontarse a los orígenes de la norma y redescubrir la verdadera naturaleza de ella, reconstruir el texto corrompido que está en la actualidad; y no como podría haberse pensado en un inicio descubrir lo que el legislador trato de imponer, ya que de hacerlo se haría más una conjetura de suposiciones ingeniosas que ciencia jurídica (2004: 26 y 27).

Con todo lo que nos explica Savigny no es muy difícil deducir cuál el fin de todo su proyecto de jurisprudencia científica: “hacer jurisprudencia científica”, por ello él afirma sobre su método que: “(...) Su objeto es encontrar hasta en su raíz la doctrina toda del pasado, es descubrir el principio orgánico, de manera que cuanto haya vivo se separe de las partes muertas ya, las cuales quedarán como meros objetos del dominio de la historia.” (1814: 112).

3.3.2.2. El objeto, método y su finalidad

Tras el proyecto científico de Savigny, se tiene a otros representantes de la mencionada escuela tales como: Eichornn, Gierke, Stammler, entre otros que han tratado de seguir delimitando y resolviendo los significados de los conceptos jurídicos que hasta el día de hoy representan una ambigüedad y vaguedad como lo es el concepto jurídico de *concepturus*.

Entonces, volviendo al propósito de éste ítem afirmamos que el objeto de estudio en la escuela histórica es la jurisprudencia, el método de investigación es la interpretación lógica, gramatical e histórica (las tres en un mismo tiempo), con la finalidad de realizar una sentencia con calidad científica, porque: “(...) hay muchos juristas mediocres en la jurisprudencia; y se puede pensar con mediocridad en la elaboración histórica, pero no en la filosofía (...)” (2004: 61), esto es que existen hasta el día de hoy jueces que desconocen su tradición e importancia evolutiva de los conceptos jurídicos, pero no en el desconocimiento de la lucha por la justicia, aunque justicia arraigada al Derecho Natural, pero para que ello suceda, también tiene como fin elaborar una verdadera legislación, una que contenga prescrito al derecho vivo, es decir, que no sea un producto elaborado por el capricho de los legisladores, sino del producto histórico jurídico de las relaciones mismas de los individuos y del cómo se han ido incorporando dichas instituciones jurídicas o en todo caso han ido evolucionado.

3.3.3. Escuela anticientífica del Derecho

3.3.3.1. Representantes

El único representante de ésta movimiento es **Julius Hermann von Kirchmann**, quien el año de 1848 publicó su ensayo titulado *El carácter a-científico de la llamada ciencia del Derecho*, en la que explica como su propio título lo menciona la falta de carácter científico que tiene el Derecho, para ello él hace una comparación con las ciencias naturales como la lógica, la biología, la física, entre otras ciencias duras y además culmina poniendo en evidencia las consecuencias de no tener un objeto claro de estudio como es el de la manipulación por parte del legislador, sin más se pasará a detallar partes importantes de su ensayo a fin de esclarecer que no puede ser considerada una escuela jurídica por carecer de objeto, método y sobre todo un fin, pues si bien Von Kirchmann hace una crítica dura al Derecho, éste no propone una solución, ni tampoco un qué se debe hacer frente a dicha problemática que analiza.

Para comenzar, Von Kirchmann parte que el objeto de estudio de la Jurisprudencia viene a ser el Derecho es más llega a afirmar: “(...) y más concretamente, las instituciones abundantes del matrimonio, de la familia, de la propiedad, de los contratos, de la herencia, las diferencias entre estamentos, la relación del Gobierno con el pueblo y las naciones entre sí (...)” (1999: 128), aquí, como se puede apreciar, el centro ya no es el Derecho en la que cada escuela proponía un objeto distinto de estudio, sino que es a la inversa, el Derecho es objeto de estudio de la Jurisprudencia, ya que para él la Jurisprudencia es la ciencia, pero no sólo realiza ése giro copernicano, sino que además el objeto de estudio vienen a ser las instituciones jurídicas y las relaciones del gobierno con el pueblo.

Otra de sus tesis del autor en análisis es que: “(...) Un pueblo tiene un saber de su Derecho, inclusive sin ciencia jurídica (...)” (1999: 128); es decir, que un pueblo e incluso una nación pueden vivir una ciencia jurídica, ya que lo imprescindible para que subsista es que reconozcan su Derecho, pero nuevamente, y sin el ánimo de entorpecer, qué es el Derecho, y no es justamente lo que las demás escuelas han tratado de delimitar, pero ésta es la posición de Von Kirchmann.

Como se había anunciado párrafos atrás, la metodología que aplica Von Kirchmann es (1) comparar al Derecho (objeto de estudio para él) con los demás objetos de estudio de la llamada ciencia que comenzaba o habían ya evolucionado como la aritmética, la biología, la lógica, las matemáticas, etc.; de tal suerte que surge una primera posición que va en contra de la científicidad del Derecho de éste punto: (a) la mutabilidad permanente, ya que el Derecho referente a sus instituciones jurídicas siempre tiene una constante de cambio, ya que lo que se entendía como familia en el Derecho romano, o el concepto Estado, la herencia, entre otros, ya no son los mismos como se las entiende en la actualidad, por ello culmina afirmando: “(...) después de esfuerzos de muchos largos años el auténtico concepto, la verdadera ley de una de sus instituciones, el objeto entre tanto ya ha cambiado: la ciencia llega siempre tarde dado el progresivo desenvolvimiento. Nunca puede ella captar lo presente (...)” (1999: 131).

De esa forma, ello genera una paradoja, pues sin la ciencia jurídica se opone al cambio constante que es parte de su naturaleza, significa quedarse varado o estancado en un derecho que no es contemporáneo, y si se llega afirmar que debe a su naturaleza ser progresiva, implica no solo adaptar o mejorar las instituciones brindadas por el Derecho romano a un contexto de cultura distinta que ya en sí es un problema que radica en el espíritu del pueblo, que además puede estar sujeta a manipulación negativa por ése choque

de conflictos (1999: 132-133), sino que debería estar modificándose los códigos y en el peor de los casos jamás codificarlos.

Otra segunda posición a la que llega Von Kirchmann con la del objeto de estudio es que: "(...) el Derecho no sólo consiste en el saber sino también en el sentir: la sede de su objeto no se halla sólo en la cabeza sino también en el pecho de los hombres (...)" (1999: 134); es decir, que el (b) Derecho es un sentir, porque en sí ya está impresa los sentimientos de justicia, deslealtad, abuso, tiranía, entre otros, pero ello como afirma el autor el sentimiento nunca puede tener la categoría de verdad, porque son pasiones.

Una tercera posición es que las ciencias en su generalidad tienen como finalidad crear leyes, y las leyes que fueron en su momento tomadas como verdaderas son falseadas por unas nuevas que tiene mayor valor de predictibilidad y seguridad, entonces al ser la ciencia falible, éstas se corrigen y siguen en busca de la verdad; pero ello no ocurre con el Derecho, porque las leyes positivas no muestran la verdad o falsedad de un hecho (1999: 136), son leyes que en su gran mayoría se acondicionan al conocimiento brindado por el Derecho Natural, y para su mayor incongruencia, también existe una pugna entre el Derecho Natural y la ley positiva, lo que en pocas palabras significa que (c) el Derecho no promueve leyes científicas, sino leyes acomodadas; de allí que nace su famosa frase: "(...) tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papales inútiles (...)" (1999: 139).

La segunda parte de su metodología consiste en evidenciar (2) su efecto destructivo por tratar de encontrar un objeto claro para el Derecho, lo cual tiene como consecuencia directa la destrucción de la misma (1999: 146), esto es razón de (a) ninguna de las partes dentro de un proceso sabe quién llevará la razón, pues se trata de una mera especulación de los jueces, los abogados y fiscales al motivar con comentarios de códigos que ya dejaron de ser por la naturaleza cambiante del Derecho, sin contar que la campaña en primera, segunda y tercera instancia no se cambie en cada momento lo que supuestamente es verdad (1999: 147), entonces el camino del Derecho es vacilante y como tal nadie tiene seguridad jurídica, la pregunta sería: ¿entonces para qué estudiar tantos libros de Derecho si al final en segunda instancia o en tercera pueden declarar falsa un hecho verdadero o viceversa?

Otra razón es por (b) los servicios de la jurisprudencia, si bien el Derecho ha estado latente desde la edad antigua y con mayor rigurosidad supuestamente con el Derecho romano llegando hasta la actualidad, ello implica que han existido problemas jurídicos en su momento y espacio debido, tales como: Iglesia y Estado, las cuales en vez de proteger los intereses del pueblo, protegían los intereses de un grupo en particular, creando leyes arbitrarias para someter al pueblo (1999: 152); de allí que Von Kirchmann afirme: «(...) el legislador acientífico, se encuentra a más altura que todos ellos. Sólo él y más tarde los Papas abrieron camino en el Derecho Privado a este espíritu nuevo. Les recuerdo la "bona fides" en la prescripción y el "possessorium summarissimum"» (1999: 153); y con esto nos trata de decir, que en primera instancia el legislador era la cabeza de ley, y con la aparición de la iglesia católica deja de ser autoridad el legislador y llegan a ser los Papas, entonces qué responsabilidad tienen nuestros padres de la patria; y por último en caso de que no existiera influencia externa alguna, como explica el autor: "La historia nos enseña este hecho entre todos los pueblos. Los juristas romanos, ocupados del Derecho Privado, eran los servidores de la tiranía (...)" (1999: 153).

3.3.3.2. El objeto, método y su finalidad

Por lo analizado, Von Kirchmann propone que el objeto de estudio del Derecho es un conjunto de instituciones jurídicas y de relaciones de gobierno-pueblo, la cual, al estar en una constante mutabilidad, llega a negar que ésta se convierta en ciencia por no promover leyes científicas, porque no hay seguridad en las resoluciones judiciales y sobre todo a razón de que las leyes estén sometidas o direccionadas a favor de un sector en particular. Por lo tanto, no hay método, y tampoco fin de estudio.

3.3.4. Iuspositivismo

3.3.4.1. Representantes

En la escuela iuspositivista tenemos como principal representante a Hans Kelsen, luego se tiene a su discípulo Joseph Rass y finalmente al profesor inglés H. L. A. Hart, si bien los tres discrepan sobre la inclusión de la moral en la norma, los tres coinciden en estudiar a la norma y una jerarquía de las leyes cuya norma fundamental es la Constitución.

De los tres iuspositivistas se comenzará con **Hans Kelsen** con su obra *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho* la *Teoría pura del Derecho*, pese a que su obra magna ha sido *La teoría pura del Derecho*, se analizará la primera obra en mención porque es allí donde se expresa de forma más clara el objeto, su método y la finalidad de estudio.

Se comenzará explicando el **objeto de estudio**; en la doctrina de Hans Kelsen es imprescindible asegurarse del conocimiento puntual del Derecho, de esa manera debe excluirse elementos extraños como la psicología, la ética, la biología, la teología, la política, la sociología, entre otros; de tal suerte que se debe concebir como objeto de estudio del Derecho a la norma jurídica (1933: 9 y 14).

Continúa explicando Kelsen, que por mucho tiempo el jurista se ha tenido que valer de otras ciencias para fundamentar sus decisiones, creyendo que de esa manera incrementa el conocimiento del Derecho, lo cual es totalmente falso; si bien el Derecho es un fenómeno social, la sociedad mantiene un objeto diferente de estudio al del Derecho, pues el objeto de la sociedad se encuentra en la misma naturaleza donde se perciben actos o manifestaciones de los hechos tales como el proceso cognitivo que realiza el juez para sentenciar o la manifestación de voluntades para realizar un acto jurídico válido; de igual forma se debe distinguir el sentido subjetivo del objetivo de los actos realizados por el hombre, ya que para un hombre matar será totalmente válido, mientras para otro no, entonces quién hace tal distinción entre lo que está permitido o prohibido, esto sencillamente lo hace la norma, ya que por más que un hombre afirme subjetivamente que para él su actuar es correcto, ése actuar no calzará con la parte objetiva, si la norma prohíbe matar, porque se está bajo el imperio de la norma, y ésta de cumplimiento coactivo (1933: 10 y 12).

Esto genera una demarcación, mientras los actos cometidos por los hombres son fuente de estudio de las ciencias naturales, cuya misión es la de investigar las causas y los efectos; la del Derecho es interpretar los actos en función a las normas del Derecho, y como la norma viene a ser una categoría que no tiene aplicación en la naturaleza empírica, ya que para validez la norma, un juez o la autoridad competente debe pronunciarse sobre ella, es decir, debe contrastar los hechos sucedidos con la ley, es allí donde se convierte en un acto jurídico, y por tanto en conocimiento jurídico (Kelsen 1933: 13-14).

Para continuar con la coherencia de su doctrina, Kelsen hace una separación del Derecho y la moral, pero no en el sentido de que el Derecho deba de dejar de ser bueno, lo que rechaza es que el Derecho se reduzca a una mera teoría de la moral, como lo estaba haciendo la corriente o la escuela iusnaturalista (Kelsen 1933: 17); entonces al defender que el Derecho no se reduzca a una teoría ética, su **fin de estudio** varía, es decir, lo que busca el positivismo, ya no es lo justo, sino el orden jurídico que en esencia regula las conductas humanas, ya que él afirma: “(...) Desde el punto de vista de la teoría pura del Derecho, es irrelevante cuál es ese estado, al cual atribuye el socialismo, por ejemplo, el carácter de explotación de una clase más poderosa. Pues dicha teoría no se interesa por el fin que se persigue y alcanza con el orden jurídico, sino por el orden jurídico mismo (...)” [el subrayado es mío] (1933: 28), es decir, que el derecho no debe perseguir el análisis del orden jurídico, porque ello genera una valoración, volviendo al postulado iusnaturalista, sino sus consecuencias del orden jurídico, de estar dentro de un marco normativo.

En esa misma línea, también afirma: “(...) es una teoría que se endereza a establecer la legalidad autónoma de una ideología (...)” (Kelsen 1933: 31), esto refiere a que en caso de que una persona incumpla cualquier norma establecida por el orden jurídico de cualquier país debe ser sancionado de acuerdo a sus consecuencias normativas de ella misma, y no de otros ordenes jurídicos de diferentes países o en todo caso que sean inventados o creados por una autoridad respectiva sin que exista aprobación del legislador. Y a diferencia de las normas éticas que no tienen el imperio de la coacción, esto es lo que le da la calidad de jurídico, autonomía de su contenido espiritual (Kelsen 1933: 29); por lo tanto, el fin del iuspositivismo para Kelsen la regulación de las conductas humanas conforme al orden jurídico de un Estado, pero no en el sentido de cambiar las conductas del hombre, pues ello le pertenece a otra ciencia, sino la de resolver los actos jurídicos de los hombres que calcen con la norma adecuada.

Y si nos preguntamos, si el objeto de estudio es la norma y su fin es regular las conductas humanas conforme al orden jurídico de un Estado, qué método debe aplicarse para llegar a dicho fin, pues para Kelsen es la interpretación, pero la pregunta ahora viene a ser: ¿cómo se debe interpretar?, él de forma inmediata responde: “(...) la norma de grado superior regula el acto por el cual es creada la norma de orden inferior (o el acto de ejecución, según los casos); así, pues, no sólo determina el procedimiento con arreglo al cual ha de crearse la norma, sino que, eventualmente, prescribe también cuál ha de ser el contenido de la misma (...)” (1933: 58) [el subrayado es mío]; con ello nos trata de decir, que debemos hacer una interpretación sistemática de la norma fundamental a la de menor rango, porque si bien la norma fundamental nos da normas muy generales, al mismo tiempo existen otras de menor rango que regulan las especificaciones y determinaciones de aquellas normas generales, haciendo una extensión de ella a algo específico; y en caso de existir lagunas, para Kelsen esto no es un impedimento, porque lo que no está regulado o en todo caso que exista una norma que tenga un sinsentido, simplemente no se interpreta (1933: 65 y 68)

Luego, tenemos al filósofo positivista **Joseph Raz** que con su obra *El concepto de sistema jurídico* expone que el objeto de estudio, el método y su finalidad del positivismo jurídico es igual al que plantea Kelsen, ya que su principal finalidad de su investigación ha sido analizar y criticar el pensamiento de Austin, Kelsen, Bentham y H. L. A. Hart, sin embargo, a partir de encontrar las deficiencias que ha encontrado en la exposición analítica de los capítulos del I al V, él va a sugerir nuevos enfoques que en su mayoría son modificaciones y mejoras a la Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen ayudándose como es natural de los pensamientos de Austin, Bentham y H. L. A. Hart (1986: 151).

Entonces las modificaciones que plantea Raz sobre el **objeto de estudio** es realizar la diferencia entre norma y dispositivos normativos, de tal suerte que el primero es un concepto de que va a guiar el comportamiento del hombre sin prescribirlo, porque ellas proporcionan medios o facultades para crear otras disposiciones normativas, en cambio las segundas carecen de facultar la creación de otras disposiciones para regular una conducta humana (1986: 191 y 193) entonces el objeto de estudio serán los dispositivos normativos

Ahora bien la **finalidad** sigue siendo la misma, sólo que en palabras de Raz es guiar la conducta humana a través de la regulación de sus consecuencias dentro de un marco normativo, pero también se debe aclarar que el sistema jurídico prohíbe el uso de la fuerza o la coacción en su totalidad (sino se hablaría de autoritarismo), solo se debe hablar de la fuerza para autorización en los casos de sanción, y para ello debe institucionalizarse bajo la regulación de una norma la creación de un órgano primario que se encargue de decidir qué actos fueron necesarios para justificar el acto violatorio del sistema en determinadas circunstancias, ya que todo no se puede prescribir (1986: 204 y 231-232), ya que: "(...) en un sistema jurídico la decisión sobre la violación de más de una norma debe confiarse a órganos primarios (...)" (1986: 233), y cuando se habla de ello, es porque los órganos primarios tienen las facultades de crear dispositivos jurídicos no positivizados (cuando en su mismo orden jurídico permite a través del principio que el juez no debe dejar de administrar justicia, él hace analogía), de esa manera, se entiende que una norma jurídica respalda la creación de normas no positivizadas. Por lo tanto, Raz comprende que no es el cómo se entiende a las normas jurídicas, sino cómo se entiende al sistema jurídico, de allí que su magna obra se titule *El concepto de sistema jurídico*.

El método del positivismo jurídico para Raz es también la interpretación, sólo que para él es importante saber no sólo la distinción entre norma y disposición normativa, sino cómo se deben interpretar ellos, para lo cual el sugiere la individualización, es decir, que la norma y los dispositivos se entiendan por sí mismos y no bajo conexiones de unas a otras y que además su interpretación no depende del sistema interno de sus interconexiones, sino de lo que se entiende por el concepto de sistema jurídico, de allí que hace la diferencia entre dispositivos jurídicos de investitivas, privativas, constitutivas, las facultativas, las de sanción, de omisión, disposiciones jurídicas no positivizadas, entre otros (1986: 175 y 205), en pocas palabras, mientras más se analice qué es el sistema jurídico y cuáles son sus elementos, mejor será la interpretación de sus normas y dispositivos.

Por otro lado, se tiene a **H. L. A. Hart** que con su obra *El concepto de Derecho*, explica que es más importante tener una doctrina científica del Derecho la que construya el concepto del Derecho a través de investigaciones teóricas que agrupen las reglas primarias y secundarias pese a que cualquiera de ellas atente contra la justicia natural, que tener un concepto de Derecho restringido en la que la justicia natural que de por sí ya es diversa y múltiple no permita la evolución de las reglas primarias y secundarias dejando a más incertidumbre los conceptos que desea analizar el Derecho (1961: 258), pues como él afirma: «(...) "Esto es Derecho pero es inicuo", es que negar reconocimiento jurídico a las reglas inicuas puede simplificar en forma excesiva y tosca la variedad de las cuestiones morales que a ella dan lugar (...)» (1961: 260)

Con lo explicado podemos hacer una pequeña distinción de lo afirma Kelsen respecto al objeto, método y fin de estudio, ya que para Hart el objeto de estudio sigue siendo la norma, aunque hace la diferencia entre reglas primarias y secundarias, esto es a razón de que existen normas que confieren potestades jurídicas a fin de litigar o legislar conocidas también como potestades públicas, asimismo existen las que crean relaciones jurídicas

conocidas como potestades privadas (1961: 99), de tal suerte que hay reglas jurídicas que difieren de su mandato de orden al momento de ser creadas, y por ende también de distinta interpretación.

El fin de estudio para el filósofo del Derecho en mención es tomar al Derecho como control social de la unión de las reglas principales y secundarias, porque la organización de un mundo jurídico, un órgano de legislación, órganos jurisdiccionales, las obligaciones de los funcionarios y sus respectivas sanciones a todos ellos representan una ventaja considerable a la nación y al pueblo, pero al mismo tiempo presenta una desventaja que el poder central puede utilizar, es decir, que los órganos sean utilizados para oprimir y no para la post de una sociedad en equidad de derechos, y para ello es necesario el aporte mínimo del Derecho Natural, la cual no es incompatible con las reglas del Derecho, ya que lo que se pretende es una equidad e igualdad de deberes y derechos de las minorías y las mayorías. (Hart 1961: 249)

Y el método de estudio para el caso de Hart sigue siendo el mismo que la de Kelsen: la interpretación, sólo que para ello se debe diferenciar entre normas principales y secundarias, la cual se explica del siguiente modo: se dice principales cuando “(...) prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no (...)” (1961: 101); esto es que las reglas primarias imponen deberes y obligaciones, porque son los que van a dar movimiento físico a las personas, más no modificaciones, sino sólo el impulso del actuar en la sociedad y para sí, pero si no hay excepciones tales como la legítima defensa en caso de matar a un individuo cuando peligra la vida de la víctima, otros se pueden beneficiar de sus caracteres absolutos, entonces de allí, es que deben complementarse con las reglas secundarias.

Se dicen secundarias porque “(...) los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación (...)” (1961: 101); refiere entonces a que las reglas en mención son potestades públicas o privadas que van a complementar a las primarias para que no tengan un carácter absoluto, sino una de flexibilidad de acuerdo a las circunstancias, como el de agregar la legítima defensa.

Pero debe aclararse que la forma en la que debe interpretarse no es de forma aislada, sino en conjunto y combinación de las reglas primarias y secundarias, porque ellas van a esclarecer los conceptos básicos y más profundos con los que trabaja el jurista: obligación, derecho subjetivo, validez, legislación, fuentes del derecho y jurisdicción (Hart 1961: 121)

3.3.4.2. El objeto, método y su finalidad

A través de los principales representantes del positivismo jurídico podemos entonces afirmar que el objeto de estudio es la norma jurídica; su fin de estudio, es decir, hacia dónde debe conllevar el análisis de la norma, esto es a la regulación de conductas humanas a través del marco normativo impuesta por el legislador en concordancia a la Constitución, pero se debe aclarar que no debe ser entendida a ésta última como el cambiar la personalidad de la persona, sino la manera del cómo resolver las conductas humanas por medio de sistema jurídico predeterminado; y finalmente su método es la interpretación de la norma, una interpretación jurídica

3.3.5. Escuela libre del Derecho

3.3.5.1. Representantes

Para la presente escuela, existen varios representantes: Oskar von Bülow, Eugen Ehrlich, Gnaeus Flavius, Hermann Ysay, entre otros; de los cuales no se tiene una fuente directa por parte de sus obras, sin embargo, Karl Larenz en su obra Metodología de la ciencia del Derecho hace una recopilación sobre la Escuela libre del Derecho mediante la cual nos da a entender que el Derecho es una creación jurídica voluntaria por parte del juez.

Ahora bien, ésta escuela nace como una respuesta contra la exagerada importancia lógica de la investigación jurídica haciendo de la norma legal un culto, por esa razón Kantorowicz afirma sobre el jurista como: «“(…) un alto funcionario gubernativo, cubierto de cultura académica, encerrado en su celda y armando sólo de una finísima máquina pensante” (…))» (citado en Hernández 1988: 23); esto es porque él cree en el valor espontáneo de la actividad jurídica creativa para resolver un caso en particular.

Pero quien da el primer paso contra esa reverencia a la norma es Eugen Ehrlich con su conferencia denominada *Hallazgos legales gratuitos y jurisprudencia clara (Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft)* escrito en 1903, y aunque él pertenece a la escuela ius-sociologista, él es que impone el nombre en dicha conferencia “doctrina del Derecho libre”, ya que puntualiza la importancia de la libre creación del Derecho a razón de que el juez debe analizar cada caso particular desde un punto de vista individual, de lo contrario sería una tarea estéril, es decir, el de tratar de generalizar una regla a todos los casos (Larenz 1994: 82).

Uno de los precursores a la mencionada escuela es Oskar von Bülow con su escrito Ley y Judicatura del año 1885, aquí él explica que la actividad de realizar una sentencia no sólo se basta con aplicar la norma, sino que es una actividad jurídico creadora, porque una norma legal no puede crear de forma inmediata un Derecho, sino que el juez debe elegir los diferentes tipos de interpretación y además debe discernir sobre los criterios objetivos de los hechos de un litigio (citado en Larenz 1994: 82).

Así la ciencia del Derecho se une a las ciencias del Espíritu en el siglo XIX, promoviendo la interpretación extensiva, restrictiva o analógica, que va en contra de esfuerzo metodológico del positivismo jurídico, haciendo poco a poco autor de la jurisprudencia a la voluntad, de allí que Hermann Ysay afirme sobre las resoluciones judiciales: «“(…) como aspiración, está fundado en un sentir valorativo (…))”» (citado en Larenz 1994: 83), esto es que se incluye el aspecto valorativo como la fundamentación de lo que es justicia esta se vuelve necesariamente irracional, pero no en el sentido extremo de falta de lógica común, sino de imponer el sentir sobre la lógica silogística.

Finalmente, la misma comunidad jurídica, da pie a las propuestas del Derecho libre, pero no toma la batuta como para hacer de la jurisprudencia una actividad guiada por la voluntad y el sentimiento, sino que deba serlo por la deducción lógica-formal, porque es más importante realizar una sentencia con intereses racionales lógicas jurídicas que irracionales no controlables (Larenz 1994: 85).

3.3.5.2. El objeto, método y su finalidad

Podemos deducir que el objeto de estudio es la jurisprudencia o en todo caso la sentencia judicial, cuyos métodos por excelencia deben ser la interpretación extensiva, restrictiva y analógica, pues cada caso es distinto al otro, y si nos preguntamos por su finalidad, se diría

que es llegar a que el juez resuelva con mayor libertad los litigios que lleguen a su causa, sin que la metodología de la norma silogística impere en ella.

3.3.6. Iusociologismo

3.3.6.1. Representantes

Para el presente punto, no se ha podido encontrar las fuentes directas de los representantes del derecho sociológico, a razón que la mayoría de sus escritos todavía no han sido traducidos del alemán al español por tal razón se hará utilizar el libro del profesor Gregorio Robles, quien es profesor de Filosofía del Derecho, cuya obra se titula *Sociología del Derecho*, quien ha analizado a los ius-sociologos más importantes tales como: Eugen Ehrlich, Max Weber y Theodor Geiger, asimismo se acompañará de otros autores que han analizado a los citados autores como Paulino Rueda Romero y Fariñas Dulce María José, ambos con sus obras tituladas *Sociología del Derecho* y *Sociología del derecho de Max Weber respectivamente*. Con la premisa expuesta, entonces se pasará a exponer a los representantes del ius-sociologismo, pero siempre referido al objeto, método y fin de estudio que han aportado mediante sus obras cumbres.

Como principal representante se tiene a **Eugen Ehrlich**, pues muchos consideran que él fue el fundador de la sociología del Derecho con su obra *Fundamentos de la sociología del Derecho escrito en 1913*, que a partir de ése momento cambia la perspectiva de ver en manera distinta al Derecho y como él llegará afirmar como la verdadera ciencia del Derecho.

El profesor Gregorio Robles explica sobre Ehrlich que para entender al Derecho, no se debe comenzar analizando en la legislación, ni en la jurisprudencia, sino en la sociedad, porque el Derecho está en la vida, y ésta en la sociedad, y ése nuevo enfoque es la Sociología del Derecho (1997: 31); y si ahora nos preguntamos qué es la sociología del Derecho, según Ehrlich es: «(...) una parte de la sociología que, como tal, tiene que utilizar el mismo método que ésta: la “observación directa de la vida” y del derecho en ella contenido, el derecho vivo o vivido (...)» (citado en Robles 1997: 31), con ello nos está dando a entender que el Derecho ya no se la puede entender solamente como la norma, legislación o jurisprudencia, sino que el Derecho nace de la vida en común, de la interacción entre los seres humanos.

Por eso para Ehrlich el objeto de estudio son los hechos jurídicos, porque ello implica estudiar al uso, la dominación, la posesión y la declaración de voluntad (Robles 1997: 31-32), y justamente para llegar a estudiar ése objeto de estudio en mención, es necesario utilizar el método de la observación directa de la vida como se explicó un párrafo antes; ahora bien, esa observación directa tiene que ver con el proceso de la creación del derecho, por lo que el autor en mención promueve cinco pasos: (a) la contemplación de la realidad jurídica, (b) decisiones individuales basadas en tal conocimiento, (c) generalización de los resultados obtenidos, (d) construcción y (e) formulación bajo la forma de leyes en códigos; de esa manera es la única solución para que se dé un derecho vivo y pueda regir efectivamente a un grupo de personas. (Robles 1997: 32-33)

Finalmente, el fin de estudio es la codificación de los hechos sociales que rigen efectivamente los grupos sociales (Robles 1997: 33), esto significa que Ehrlich no quiere desaparecer al Derecho positivo de buenas a primeras, más lo considera complementaria (Robles 1997: 32), porque una vez realizada la positivización de los hechos jurídicos que rigen en una determinada cultura, están van a estar en conformidad con la ciudadanía porque ello representa su real vivir, es decir, un derecho vivo.

Luego se tiene a **Max Weber**, sociólogo de profesión que en su cauce natural de investigación tuvo que analizar al Derecho, cuya respuesta se encuentra en su libro *Economía y sociedad*, allí en la segunda parte, capítulo VII denominado Sociología del Derecho, él explica que el objeto de la Sociología del Derecho: “(...) son los comportamientos humanos en cuanto se oriente subjetivamente por un ordenamiento jurídico considerado como válido (...)” (citado en Fariñas 1989: 125); esto se entiende como la representación que tienen los ciudadanos de la norma o el ordenamiento jurídico para que los ciudadanos pongan en acción o la situación de abstención de un comportamiento en la vida social que ordena el sistema jurídico.

A mejor explicación, el profesor Fariñas quien analiza a Weber explica que el concepto “subjetivo empírico” que realiza el hombre frente al Derecho no se trata de analizar el sentido justo o válido, sino que acorde al objeto de estudio de la sociología que es la “acción social” se debe entender del cómo los ciudadanos interconectan sus acciones, es decir, las acciones que motivan a los ciudadanos a realizar determinados comportamientos que van permitir una repetición semejante entre ellos mismos (Fariñas 1989: 126). En pocas palabras, el objeto de estudio de la sociología del Derecho son los comportamientos humanos que están orientados por un ordenamiento jurídico válido.

Sobre el método de estudio para la sociología de Weber es “(...) la comprensión interpretativa y la explicación de las causas (motivos)” (citado en Robles 1997: 39); que en palabras de Rueda significa que Weber al estudiar al Derecho lo hace como sociólogo y por ello los métodos del Derecho Sociológico no se desligan de la Sociología en General, de allí que debe ser comprensiva, es decir, estudiar a todos los fenómenos que influyen en el Derecho, y debe ser causal porque existe una explicación sobre la tipología entre la dominación y la acción social (2011: 125-126)

Y por último el fin del derecho para Weber (o en todo caso de la Sociología del Derecho) es la validez empírica, la cual es distinta a la validez fáctica, porque mientras éste último sólo se encarga de que no exista contradicción entre los conceptos, juicios, normas jurídicas, mientras la validez empírica se encarga de constatar la validez de la existencia real entre el ordenamiento jurídico con los miembros de la sociedad (Robles 1997: 42-43), verificando si su influencia es eficaz o no.

Si bien se tiene a otros representantes como Durkheim, Luhmann, Theodor Geiger entre otros, ellos tienen un objeto de estudio, pero carecen en explicación del cómo se debe analizar dicho objeto estudio (un método de estudio) y hacia dónde o para qué se debe realizar dicho estudio (un fin de estudio), no son claros en sus exposiciones (lo cual se señaló ya en la parte introductoria del presente capítulo, lo cual no quita que esté sujeto a refutación) por lo que sí hacen una demarcación que el Derecho es parte de la sociología subsumiendo o asumiendo que debe comportarse como la ciencia de la sociología como ellos la analizan.

3.3.6.2. El objeto, método y su finalidad

No existe una variante alejada de las teorías en la sociología del Derecho, por tal razón, el objeto de estudio los hechos jurídicos del hombre acorde a un ordenamiento jurídico válido, pues allí se muestra el fenómeno fáctico que representa el Derecho; el método de estudio es la observación directa de la realidad, por lo que su fin de estudio será constatar la validez eficaz entre el ordenamiento jurídico y cada uno de los integrantes de un Estado, de lo contrario se debe cambiar el ordenamiento total o parcialmente.

3.3.7. Iusmarxismo

3.3.7.1. Representantes

Es evidente que el principal representante es Carlos Marx, en la misma importancia se encuentran Friedrich Engels, Vladímir Ilich Uliánov cuyo seudónimo era Lennin, Iósif Vissariónovich Stalin y Mao Tse-tung; claro que es de aclarar que los tres últimos antes que ser filósofos han sido políticos que han tratado de adaptar el pensamiento originado por los dos primeros representantes, y pues como la principal actividad académica de la presente tesis versa sobre averiguar el objeto, método y fin de estudio, se analizará con suma importancia y relevancia a Marx y Engels, pues entre ambas es que se complementa lo que puede denominarse el Derecho marxista.

Es menester también advertir que por cuestiones metodológicas y de tiempo se ha optado (como se ha hecho en las demás escuelas) de estudiar trabajos ensayísticos y documentos serios que explican sobre la trayectoria marxista, así se cogerán los trabajos del profesor Raimundo Fernández-Cuesta cuyo artículo fue publicado en el año de 1960 titulado *Marxismo y Derecho*, asimismo se analizará la obra del maestro español Manuel Atienza con su libro *Marx y los Derechos Humanos* publicado en el año 2008, y finalmente aunque no la obra principal de Marx, que también lo elaboró con su amigo Engels *El manifiesto del Partido Comunista* explicado en diciembre de 1847, pero publicado en alemán en enero de 1848.

Para **Marx Y Engels** con su manifiesto explican que la burguesía debía desaparecer, ya que consideran que el “(...) Gobierno del Estado moderno no es más que una junta que administra los negocios comunes de toda la clase burguesa.” (1848: 32); es decir, que la burguesía mantiene el control y administración de la economía estatal sin límites, lo cual siempre va a generar intereses particulares sin discriminar que el pobre más pobre se hace más pobre y que el rico se hace más rico.

Con esa forma de control, se entiende entonces que los presupuestos o ideales de libertad, justicia, igualdad, paz, trabajo, etc.; no han nacido para favorecer a la clase trabajadora, al proletariado o al pueblo, sino que han nacido para someter sus intereses mediante la ley, por eso ellos hacen entender al pueblo alemán: “(...) vuestras nociones burguesas de libertad, cultura, derecho, etc. Vuestras ideas mismas son producto de las relaciones de producción y de propiedad burguesas, como vuestro derecho no es más que la voluntad de vuestra clase erigida en ley; voluntad cuyo contenido está determinado por las condiciones materiales de existencia de vuestra clase.” [el subrayado es nuestro] (1848: 43).

Por esa razón, la revolución comunista es necesaria para que el proletariado comience a ser la clase gobernante y realice una verdadera democracia nacida por ella y sus ideales (1848: 46), haciendo desaparecer las estructuras hechas por la burguesía por eso exhortan tajantemente a la clase obrera: “(...) que sus objetivos sólo pueden ser alcanzados derrocando por la violencia todo el orden social existente. Las clases dominantes pueden temblar ante una Revolución Comunista. Los proletarios no tienen nada que perder en ella más que sus cadenas. Tienen, en cambio, un mundo que ganar.” [el subrayado es nuestro] (1848: 56); de esa manera, la violencia es el único medio para que la clase proletaria sea la clase dominante y cumpla su verdadero ideal de Derecho.

Ahora bien, cómo es que se llega a instaurar la doctrina marxista, el profesor Fernández Cuesta nos explica que tiene como antecedentes a tres importantes filósofos: (a) Hegel, con su método dialéctico; (b) Feuerbach, con su pensamiento materialista y rechazo total al cristianismo; y (c) de pensamiento positivista, es decir, al rechazo total a la metafísica y

a los conceptos estables; entonces producto de esas doctrinas es que los presupuestos básicos del marxismo se basan en: el materialismo, la dialéctica material y el materialismo histórico (1960: 12) que se pasarán a explicar a continuación.

Cuando se quiere entender sobre el (a) materialismo marxista no se debe caer en el error de comparar al mundo como una esencia, cuyas esencias particulares retornarán a ella, tampoco como el de situar al hombre como un ser abstracto que sólo amerita ser contemplado para explicar su lugar en el mundo, ni mucho menos como un proceso mecanicista, en la que los procesos naturales deban ser reducidos a procesos mecánicos o a fórmulas físicas; sino de aplicar la materia en la dialéctica de Hegel, es decir, que en vez de ser una autoevolución de la idea (porque para él existe una idea de concepto absoluto y que sólo se llegará a alcanzar mediante una actividad inmanente), ésta deba ser sustituida por la materia. Pero debe aclararse que el materialismo planteado por Marx no es la negación total del espíritu, sino la negación de que éste último sea independiente al cuerpo y que esté por encima de la materia (1960: 13), por esa razón se dice que las sensaciones, las percepciones, las intuiciones son producto de la evolución del cuerpo, el cerebro, etc. (materia).

Y con respecto al (b) materialismo histórico se la debe comprender bajo tres principios: (1) la historia está determinada por las condiciones económicas (esclavista, feudal, capitalista); (2) la superestructura ideológica (la política, la religión, el Derecho, la cultura, etc.) es dependiente de las condiciones o relaciones económicas; y finalmente (3) la evolución de la superestructura depende la lucha de clases y los contrastes económicos. (Fernández Cuesta 1960: 16-17).

Toda esta doctrina elaborada por su principal representante Marx conlleva a fin último «(...) “apropiación real de la esencia humana por y para el hombre”, el “retorno del hombre para sí en cuanto hombre social, es decir, humano; retorno pleno, consciente y efectuado dentro de toda la riqueza de la evolución humana hasta el presente (...) Es el enigma resuelto de la historia y sabe que es la solución” (citado en Atienza 2004: 58); con estas palabras, el fin ya no sólo es el Derecho, sino el mismo hombre como ser social que debe gozar todos los beneficios que pueda obtener y desarrollar, sin ningún ocultamiento de intereses en particular, sino una verdadera libertad, una verdadera democracia, una verdadera vida con dignidad.

Por ello, Marx anima a la destrucción del Estado y consecuentemente a la desaparición de los Derechos Humanos o fundamentales, porque para él éste no viene a ser más que instrumento elaborado por la clase burguesa, de esa manera afirma: «(...) La existencia del Estado y de la servidumbre son inseparables. El Estado antiguo y la esclavitud antigua — contrastes clásicos francos— no estaban más íntimamente soldados entre sí que el Estado moderno y el mundo mercantil moderno, hipócritas contrastes cristianos» (citado en Atienza 2004: 54); así el Estado también es producto de las condiciones económicas como una superestructura y como tal debe desaparecer, sin embargo, quedaría la pregunta: ¿Debería existir un Estado con la teoría marxista? Y caso de ser afirmativa ¿qué tipo de Estado debería formarse?, éstas son las preguntas que quizás los seguidores de Marx deberían dar una respuesta contundente.

3.3.7.2. El objeto, método y su finalidad

Ante lo estudiado deducimos que el objeto de estudio para el iusmarxismo es el Derecho mismo, pero no entendida de forma aislada como un conjunto de normas, legislaciones, relaciones sociales, fenómeno histórico, entre otros, sino en su conjunto, comprendido

como un producto elaborado científicamente por la clase proletaria y para elaborar un Derecho Social, sus métodos son el materialismo dialéctico y el materialismo histórico, cuyo fin de estudio es que el hombre vuelva y se le reconozca como hombre social que es y el productor de su evolución.

3.3.8. Tridimensionalismo jurídico

3.3.8.1. Representantes

Al igual que las escuelas jurídicas precedidas, los representantes son innumerables, sin embargo, siempre hay autores representativos, que en éste caso son: Miguel Reale, Werner Goldschmidt y Carlos Fernández Sessarego, los tres autores han explicado sobre los orígenes del trimiensionalismo, lo cual se hará una pequeña referencia, aunque no sea materia de discusión, ya que lo principal es obtener su objeto, método y finalidad de estudio.

El tridimensionalismo de acuerdo a Werner Goldschmidt surgió simultáneamente en Alemania y Francia. En Alemania su origen es atribuido a una reconciliación entre el normativismo de Windscheid; la teoría de los valores rejuvenecida por Windelband, Rickert y Max Scheler; y finalmente la sociología cultural de Max Weber; de esa manera Emilio Lask promueve por primera vez una estructura inédita de la tridimensionalidad del mundo jurídico en el año 1905 (1987: 18-19).

El motivo de su origen en Francia es distinto al de Alemania, a razón de que los tres elementos norma, hechos y valores estaban totalmente divorciados y el pueblo francés se daba cuenta el Código francés contenía alteraciones normativas a favor de la industrialización, de esa manera François Gény en quien pone al descubierto la necesidad de presente lo dado, lo construido y el Derecho natural; los representantes que hicieron notar de esa necesidad como la expuso François, en distintas partes del mundo también lo realizaron, tales como: Coing y Fechner (Alemania), Luis Legaz y Lacambra (España), Roscoe Pound y Jerome Hall (Norteamérica), Luis Recaséns Siches (México), Miguel Reale (Brasil) (Goldschmidt 1987: 19) y Carlos Fernandez Sessarego (Perú).

Se comenzará analizando al autor **Miguel Reale** con su obra *Teoría Tridimensional del Derecho* de 1968, aunque ya en el año 1940 con su obra *Teoria do Direito e do Estado* explicaba la interacción entre los elementos norma, hechos y valores; sin embargo, consideramos más imprescindible analizar la primera obra donde desarrolla con mayor claridad y expansión la tridimensionalidad jurídica.

Lo que diferencia a Miguel Reale es que su teoría correlaciona dialécticamente los elementos como una sola unidad, ya que él entiende que los hechos, normas y valores son contrarias y al ser como tal, lo que llega a componerlas es justamente la dialéctica, y no como erróneamente lo estaban viendo algunos precursores del tridimensionalismo con la mirada tricotómica esencial (1997: 64).

Entonces podemos observar con claridad que el objeto del derecho para Miguel Reale o como él suele llamar ontognoseología son las normas, hechos y valores, porque lo que se da es una correlación trascendental entre sujeto y objeto, de tal suerte que siempre una cosa tendrá que convertirse en objeto de estudio y al mismo tiempo existirá una referencia subjetiva que actualice dicho proceso, produciéndose un constante proceso cognoscitivo (1997: 82).

Respecto al método que utiliza para unir a los valores, hechos y normas es la dialéctica, pues tal como él afirma: «(...) particularmente para deshacer la confusión entre “contrarios”

y “contradictorios”. En el ámbito de la dialéctica de complementariedad, se da la implicación de los opuestos en la medida en que se descubre y se revela la apariencia de la contradicción, sin que con dicho descubrimiento los términos cesen de ser contrarios, cada cual idéntico a sí mismo y ambos en necesaria correlación» (Reale 1997: 83); con ello asevera lo que párrafos antes se mencionaba, los valores, hechos y normas, no son una entidad tricotómica, sino que son complementarios en unidad, no es que estén divididas como las tajadas de un pastel, sino que al complementarse permiten una revelación que solo es posible al ser contrarios.

Es imposible que el elemento norma reduzca a los demás elementos, lo mismo para los demás (1997: 83), porque de hacerlo simplemente deja de ser tridimensionalidad y para a ser una unidimensionalidad, es decir, que un elemento subsume al otro.

Y si nos preguntamos acerca del fin de estudio, tal como existen tres elementos que son contrarios, también van a existir fines, y aunque éstos no son contrarios, siempre el proceso del objeto y del método de la teoría tridimensionalista de Reale arrojará tres fines los cuales son: a) la experiencia jurídica estática debe ser verificada en un ordenamiento jurídico (1997: 87); esto es que el derecho es una realidad social y ésta contiene al mismo tiempo una conducta humana lo cual finalmente se integra a un sistema jurídico, pero allí no acaba el proceso, porque gracias al proceso dialectico, justamente esa norma se convierte al mismo tiempo en un hecho histórico cultural, pero es innegable que uno de sus productos sea un ordenamiento acorde a los hechos y a los valores.

b) Preservar y garantizar al hombre de crear nuevos bienes de protección de cualquier sistema jurídico (1997: 92), significa que el hombre al ser producto de una vida normada relacionada por valores en un contexto histórico, el hombre crea diversas cosas, tales como el arte, la ciencia, la política, la religión, y esta creación lo realiza acorde a una valoración significativa para él en un tiempo dado (1997: 90).

Y c) la constante búsqueda de la justicia basada en la dignidad del hombre (1997: 96), con ello nos trata de decir que el hombre por más que realice un modelo de ordenamiento jurídico como producto de creación y al mismo tiempo de seguridad (entendida como un conjunto de garantías para él) tendrá siempre una cierta desconfianza por cuanto existen formas que distorsionen su verdadero propósito y al ser cerradas de cualquier cambio genera aún más desconfianza, por tanto queda un espacio de que si se encontrara un elemento que fuera injusto, él tiene toda la posibilidad de crear y cambiar una norma por una nueva.

Por otro lado, tenemos a otro iusfilosofoso de la misma talla, **Werner Goldschmidt** que con su obra *Introducción filosófica al Derecho: La teoría tridimensionalista del mundo jurídico y sus horizontes* publicada en el año de 1960 realiza un avance significativo para la escuela en análisis, por cuanto él hace una separación de conceptos jurídicos y les brinda una perspectiva de acuerdo a su esencia normativa, social o valorativa o como el suele llamar: jurídica sociológica, jurídica normológica y jurídica dikelógica que se pasará a explicar en breve.

Asimismo, Goldschmidt explica que existen dos problemas fundamentales en torno a la concepción tridimensional: (a) sobre el método y (b) la independencia o interdependencia de la estructuración sobre cada elemento tridimensionalista: jurídica sociológica, normológica y dikelógica.

El análisis sobre el primer problema radica en que el método dialéctico hasta el día de hoy no viene a ser más que un programa (1987: 24) además porque no da paso de la concepción a la teoría tridimensionalista, esto es a razón de que la dialéctica indica una ley de evolución, es decir, que cada miembro anterior determina la producción del posterior, lo que implica descartar cualquier elemento que no ha dado origen al programa lo que finalmente resulta un programa cerrado; y pues el universo real a diferencia del universo creado por el hombre no es un sistema cerrado, porque allí radican causas complejas, concausas e influencias (1987: 25).

Y referente al segundo problema es cuestionada porque las tres dimensiones pierden independencia al confluir en una sola dirección, porque puede ser subsumida por el hecho, el valor o la norma, ya que si se admite que ontológicamente el Yo cree ante todo el valor, y como respuesta tendrá la creación de la norma, lo que finalmente creará la conducta (hechos sociales del hombre) (1987: 23-24), y lo mismo sucederá con cada dimensión que la una subsume a la otra, lo cual hace imposible a la teoría tridimensionalista.

En cambio, si se utiliza la epistemología realista (entiéndase a ésta teoría como la independencia del objeto y sujeto) a diferencia de la dialéctica (interdependencia del sujeto objeto) presenta una mejor solución de integración, porque la sociedad desde la perspectiva realista es independiente no sólo respecto al Creador (entiéndase a éste como cualquier origen de Dios o deidad), sino también a los valores, justamente porque el hombre tiene libre albedrío lo cual significa que el hombre puede como no crear la moral; lo mismo sucede con la dimensión normativa, porque el hombre no crea normas de la nada, sino que las fabrica con los materiales preexistentes dadas en la naturaleza; de igual manera pasa con los valores, ya que éstos no son creados por el hombre, sino que los valores juzgan a la convivencia social y también a las normas; entonces, si ninguna dimensión es subsumida de una en otra la integración tridimensionalista es posible (1987: 26)

Cuando cada dimensión es independiente una a la otra, por eso Goldschmidt afirma: "(...) el Trialismo no amalgama los tres elementos del mundo jurídico, sino que los contempla separadamente; sin embargo, las tres dimensiones están íntimamente interrelacionadas: las normas describen e integran la realidad social; y la justicia valora realidad y normas." [el subrayado es nuestro] (1987: XVIII); esto significa que su método es la contemplación separada, es decir, que las diferentes ramas del derecho tales como Derecho Internacional Público y Privado, Derecho Constitucional, Administrativo, Penal, entre otros siempre los analizará desde cada dimensión independiente para verificar cuáles son sus carencias o falencias para subsanarlas, en pocas palabras mirar a las ramas del Derechos desde tres ojos distintos.

Y si nos preguntamos a cerca del fin de estudio del derecho tridimensionalista de Goldschmidt sería que desde la perspectiva de cada dimensión hacer notar sobre cada ciencia especial del Derecho lo que se ha llegado a construir en la sociedad jurídica, a fraccionar en la justicia y mencionar la infidelidad o inexactitud de las leyes (1987: 499); con la finalidad de subsanar las carencias o falencias de las ciencias del derecho, proponiendo un mundo jurídico más sólido, coherente y esperanzador.

Finalmente tenemos al maestro **Carlos Fernandez Sessarego** quien con su tesis titulada Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho que la sustento en el año de 1950, que además no fue vista por muchos académicos a razón de no ser publicada en un libro, y que recién en el año de 1987 fue publicada como tal bajo el nombre de El Derecho como

Libertad, es allí donde explica la triple visión del Derecho que a continuación se pasará a exponer en sus partes importantes para la presente tesis.

Carlos Fernández Sessarego explica que llega a la conclusión de que el Derecho tenía como objeto de estudio la interacción y la simple yuxtaposición de los elementos vida humana social, valores y normas jurídicas, es decir, que el Derecho es una realidad de estructura tridimensional (2011: 86), y que además como el mismo profesor Soldevilla lo acredita, el método que aplica para la articulación entre los tres elementos es «(...) la aplicación de la teoría de la significación de Edmund Husserl» (Fernández Sessarego 2011: 87); lo que implica que utiliza la fenomenología para entrelazar a los tres elementos.

Al hacer uso de la fenomenología de Husserl al Derecho, permite que mostrar la experiencia jurídica tal como ella se presenta: como quehacer humano junto al devenir histórico-cultural, porque el hombre tiene la capacidad de vivenciar los valores para producir juicios descriptivos-prescriptivos (Fernández Sessarego 2011: 88). La visión tridimensionalista parte con el hombre al ser considerado como ser libertad, ya que la vida humana en sociedad crea al Derecho y producto de esa relación de conductas humanas intersubjetivas estas se plasman en normas, y justamente esa interacción es promovida porque el hombre es el único ser que racional que puede vivenciar valores (de amor, justicia, odio), ya que sin ello, el hombre no se relacionaría con alguien (no sabe lo que es) y por lo mismo tampoco habría normas para reglamentarse entre ellos (Fernández Sessarego 2011: 56).

Por ello la finalidad del Derecho para Carlos Fernández Sessarego es: «(...) proteger, precisamente, lo que para él es lo más valioso, es decir, su *ser libertad*, sustento y posibilitador de su vida (...)» (2011: 91); significa que el hombre sin libertad no sería capaz de discernir, ni elegir entre lo bueno y lo malo, lo justo de lo injusto, sería meramente un objeto; de allí también que afirme: «(...) “el ser del hombre consiste en tener que realizarse, en tener que elaborar su propio e intrasferible ser personal”. Y, “al tener que realizarse, lo hace de acuerdo a un proyecto, recibiendo de las cosas y de los “otros” estímulos y posibilidades para vivir. El hacerse es la tarea permanente y continua de la existencia” (...)» (2011: 91); de esa manera el hombre al protegerse a sí mismo da a conocer dichos valores a la sociedad y esos valores que entablan con la sociedad se plasman en ordenamientos jurídicos por cuanto son justos.

3.3.8.2. El objeto, método y su finalidad

En la escuela tridimensionalista del Derecho sus representantes: Miguel Reale, Carlos Fernández Sessarego y Werner Goldschmidt no se ponen de acuerdo respecto al método, ni al fin, sin embargo, sí lo están en el objeto de estudio, porque para los tres representantes de la presente escuela son los: valores, hechos y normas.

Respecto al método, los tres difieren para analizar la interrelación entre el valor, la norma y los hechos, porque uno propone la dialéctica, otro la contemplación y otro la fenomenología, por tanto los fines también van a ser diferentes, porque mientras dos sostienen que tres los fines de estudio, es decir: (a) uno va utilizar desde la vertiente de los hechos jurídicos, valores jurídicos y norma jurídicas para un mejor análisis del Derecho, (b) otro propone la dialéctica de los hechos sociales que finalmente se van a convertir en normas jurídicas, luego éstas van a generar valores de aceptación o rechazo por la población, por lo que éstas nuevamente vuelven a los hechos sociales y se incorporan, lo que generará una calidad de vida en el hombre; mientras sólo uno afirma que el derecho guarda solo un fin de estudio: la protección de la libertad del hombre.

Lo explicado hasta el momento se llegaría a afirmar que es aquí donde comienzan los problemas para identificar a una verdadera escuela de un movimiento, corriente o proyecto filosófico jurídico, al ser teorías contrarias entre ellas, lo que anima a mayor debate.

3.3.9. Escuela realista

3.3.9.1. Visión general

La escuela realista ha mantenido cambios constantes desde su aparición, a lo cual también debemos agregar que existe dentro de ésta escuela, tres microescuelas o movimientos las cuales son: escuela realista escandinava, norteamericana y genovesa, cada una de ellas tiene un objeto, método y fin de estudio distinto, las que se explicaran en breve, pero se debe también aclarar que en éste apartado no se está promoviendo o haciendo un análisis de su historia, la que de que por sí conlleva a explicar necesariamente el porqué de su declive o auge; tampoco se piensa explicar los principales debates que existió entre sus miembros, la cual ha sido motivo de crítica respecto a las principales tesis o puntos de vista que han realizado los integrantes de dichas microescuelas; ni mucho menos, se tiene la intención de elaborar críticamente las obras resalantes de los miembros que han trascendido hasta la actualidad o que en todo caso necesitan ser estudiadas severamente; porque de por sí, los tópicos antes mencionados ya vienen a ser un trabajo académico de mayor elaboración en espacio y tiempo, como se ha mencionado toda una tesis por sí misma, propósito que no nos compete ahora.

Entonces, para obtener el objeto, método y fin de estudio, primero se tendrá que analizar por separado las tres microescuelas, además se utilizaran tres textos básicos para obtener los datos respectivos, uno es del profesor Liborio Hierro con su obra *El realismo jurídico escandinavo: Una teoría empirista del derecho*, luego de los profesores Jordi Ferrer Beltran y Giovanni Ratti quienes como directores juntaron artículos idóneos representativos dando lugar al libro *El realismo jurídico genovés*, y finalmente el artículo jurídico denominado *Realismo jurídico estadounidense* del profesor Brian Letter; cada uno de los textos mantiene importantes datos claves para el presente trabajo; de esa manera se pasará primero a analizar la escuela realista escandinava.

La **escuela realista jurídica escandinava** nació a mediados del siglo XX (más o menos en los 60 cuando se propuso una crisis del positivismo), pero el realismo jurídico en sentido estricto nació en respuesta de la negación al iusnaturalismo y al formalismo positivista jurídico del siglo XVIII y XIX, pues Ihering al destacar la palabra realismo jurídico la entendía como: (a) La validez de las leyes deben tener relación con su efectiva aplicación, porque las leyes no deben ser letra muerta, sino que la ciudadanía haga valer sus derechos; (b) que el contenido del derecho es la fuerza, esto es que no se reduzca a una idea lógica, sino una idea fuerza, una idea de cambio que promueva y se acerque cada vez a la justicia y no simplemente a la resolución de casos; y finalmente (c) que exista la reivindicación de la función creadora del juez, ya que no se trata de hacer subsunciones o de negar la ley, sino de presentar soluciones reales y cambiantes (Hierro 2009: 53-55).

Por otro lado, se debe advertir que Realismo Jurídico no guarda relación con el concepto realismo epistemológico y filosófico antiguo hasta lo moderno, sino de lo contemporáneo porque el primero busca que el derecho esté exceptuado de metafísica y formalismo exagerados, el segundo propone un contraste de los hechos empíricos; mientras el segundo es la idea que el conocimiento es independiente a la subjetividad del hombre.

También debe aclararse que la escuela en análisis fue un proyecto en la que contribuyeron los siguientes autores: Axel Hagerstrom (1868-1939), Anders Vilhelm Lundstedt (1882-

1955), Karl Olivecrona (1897-1980) y Alf Ross (1899-1979), cada uno lo hizo evolucionar ya sea desde centrarse en su objeto de estudio, el método, la finalidad o el punto de partida.

Descrito las diferencias básicas, la escuela realista jurídica escandinava tiene como premisas el hecho de afirmar que el derecho es definida como tal porque la gente lo cree que es así, es decir, de una específica realidad, en consecuencia, el estudio del derecho es la manipulación de cierta realidad a través de palabras o ritos que ellos consideran (Tarello citado en Hierro 2009: 64), esto es que cada comunidad tiene su derecho porque así lo han considerado.

Ahora bien, si nos preguntamos sobre su **objeto de estudio**, diríamos que son los hechos jurídicos empíricos, pues Olivecrona al publicar su libro El derecho como hecho afirmaba: “Nunca podemos eludir la conclusión de que el derecho es un eslabón en la cadena de causa y efecto. Tiene por lo tanto un lugar entre los hechos del mundo del tiempo y del espacio, pero entonces no puede pertenecer al mismo tiempo a otro mundo. El derecho no puede, por una parte, ser un hecho (como lo es ineludiblemente) con causas naturales y efectos naturales y, por la otra, algo extraño al vínculo de causa efecto. Ello significaría –si es que significa algo realmente- que el derecho esta investido de un poder sobrenatural... Toda tentativa de sostener científicamente que el derecho es obligatorio en otro sentido que en el ejercer una presión efectiva sobre la población, conduce necesariamente a absurdos y contradicciones. Aquí en consecuencia la línea divisoria entre realismo y metafísica, entre el método científico y el misticismo en la explicación del derecho” (citado en Hierro 2009:120-121).

Con lo antes mencionado, nos está diciendo que el derecho no descansa en una actividad de causa-efecto, pese a que pertenece a los hechos empíricos, sino que es sobrenatural, no en el sentido metafísico, porque la escuela realista rechaza el subjetivismo, la metafísica y el análisis de los valores, sino que lo hace en el sentido extraordinario o sui generis de lo empírico, ya que en palabras de Ross el iusnaturalismo: “(...) no tiene razón para negar que el derecho es un hecho social que puede ser descrito en términos puramente empíricos (...)” (citado en Hierro 2009:121), por eso afirma que la ciencia del Derecho es: “(...) construida de acuerdo a los principios generales del empirismo no puede tomar como categoría de sus descripciones la validez, ni en sentido moral ni en sentido apriorístico del derecho positivo (...)” (citado en Hierro 2009: 141); esto es que sólo puede conocerse el derecho construyendo a partir de principios empíricos, entonces es allí donde debe enfocarse el jurista, descartando todo aquello que no tenga relación con el mundo de los hechos.

Ahora la pregunta sería, ¿cómo o con qué método se debe estudiar los hechos empíricos jurídicos?, la respuesta es unánime con lo que Alf Ross afirma: «(...) no debemos interpretar las proposiciones acerca del derecho vigente como proposiciones que aluden a una validez inobservable o “fuerza obligatoria” derivada de principios o postulados a priori, sino como proposiciones que se refieren a hechos sociales. Es menester poner en claro cuáles son los procedimientos que permiten verificarlas, cuáles son las implicaciones verificables de ellas (...)» (citado en Hierro 2009: 150); con ello nos explica que la validez normativa no es la verdadera parte de la ciencia del derecho, sino que los operadores jurídicos al construir proposiciones, deban de forma obligatoria ser verificables con la realidad empírica, de lo contrario es un romanticismo o un conjunto de palabras bonitas embaucadoras.

Por esa razón, el **método de estudio** es la verificación de las proposiciones jurídicas que han sido elaboradas por el operador jurídico sea juez o abogado dentro de un proceso, por

ello consigna de forma clara Ross tres cosas en éste proceso de interpretación jurídica: (1) que toda proposición que no sea verificable, debe ser descartada; (2) las proposiciones que aún no han sido contrastadas por la ciencia, es decir, que son hipótesis por verificar, pero que son apreciables a los ojos y los sentidos como de la razón, como por ejemplo: la grafotécnia, que es más un conocimiento técnico o como las enfermedades mentales como la esquizofrenia donde existen múltiples rasgos sobre su comportamiento, pero que a la vista de todos es un incapaz, no implica que deje de ser una proposición empírica; y finalmente (3) que las condiciones de verificación puedan traducirse en experiencias directas a fin de establecer su verdad y falsedad (citado en Hierro 2009: 151-152), por ejemplo para el caso de los testigos de un crimen el que una persona afirme al 100% que observo su rostro a 15 metros de distancia cuando no llevaba sus anteojos ése día, y que cuando le hacen la misma prueba en el juzgado no puede distinguir sin anteojos algún objeto a 15 metros de distancia.

Finalmente, acerca de su **fin de estudio** viene a ser la vigencia del derecho demostrada en la efectividad social y que sea útil a las ciencias sociales, pues por un lado Alf Ross nos dice: "(...) Todas las teorías realistas están de acuerdo en interpretar la vigencia del derecho en términos de efectividad social de las normas jurídicas. Una norma vigente difiere de un mero proyecto de ley o de una petición de reforma legislativa en razón de que el contenido normativo ideal de la norma vigente es activo en la vida jurídica de la comunidad (...)" (citado en Hierro 2009: 251-252); ya que sólo así podemos describir al derecho en múltiples impactos y no en una validez moral, o axiomática, sino empírica.

Por otro lado, menciona que: "(...) del enunciado de que una norma existe o está vigente se deduce de otro enunciado acerca de los hechos sociales, el cual, a su vez, se refiere ciertamente a la interpretación significativa de los hechos sociales (...)" (citado en Hierro 2009: 269); a través de ésta idea nos informa que la utilidad se demuestra cuando ya no es el centro de atención las normas, sino que son las proposiciones empíricas descritas a merced del apoyo de las normas jurídicas, entonces así esta corrobora si la norma es adecuada a un hecho social y al mismo tiempo se formulan proposiciones que contribuyen a las ciencias sociales, pues están vigentes a partir de una ciencia.

La **escuela realista jurídica estadounidense** tuvo su origen aproximadamente a finales del siglo XIX hasta los albores del siglo XX, pero su apogeo lo tuvo a mitad del siglo XX, y su representante o líder de la escuela en mención fue Oliver Wendell Holmes Jr. (1841 - 1935); dentro de ésta escuela al mismo tiempo hubo dos doctrinas o ramas que no compartían la respuesta sobre: la explicación del por qué los jueces respondían de una forma determinada sus sentencias, así pues estaba el "Ala Sociológica realista" representada por Herman Oliphant (1884–1939), W. Underhill Moore (1879-1949), Karl Llewellyn (1893-1962) y Felix S. Cohen (1907-1953), ellos pensaron que las decisiones judiciales que existían patrones predecibles cuando el juez emitía un sentencia y que dichos patrones se encontraban en fuerzas sociales (Leitter 2015: 249).

Dichos factores sociales pueden ser observados en los casos concretos, como por ejemplo el factor de economía leal entre empleador y trabajador, entre comprador y vendedor, etc. pues los juzgados avalarán o protegerán ese lazo a fin de no corromper un sistema económico estadounidense idóneo como, de igual forma el de aplicar leyes de buena lealtad entre las partes cuando por ejemplo Llewellyn narra que un comprador quería escapar de las cláusulas contractuales por motivos de economía u otros, por lo que las Cortes se dieron cuenta que no sólo era el caso de aquella persona, sino que estaba sucediendo en la mayoría de mercados, de esa manera la corte motivó una sentencia implacable en la que

el comprador no rehuiría de sus responsabilidades; asimismo está el factor institucional, es decir, antes de sentenciar deben observar cuánto puede afectar una decisión en el caso de hacer cambios significativos por ejemplo a los Bancos, Financieras, Empresas dedicadas a los alimentos, exportaciones, al alcohol, farmacéuticas, etc., ya que una decisión por la premura puede afectar la estabilidad Estatal o en todo caso a su economía (Leitter 2015: 251-252)

Mientras que el “Ala Idiosincrática realista” lideradas por Jerome Frank (1884-1957) y el juez Joseph Chappell Hutcheson Jr. (1879 - 1973) afirmaban que la respuesta de los jueces devenía a los factores psicológicos o de personalidad de la juez, ya que Frank pregonaba una teoría convencional de “Regla más hechos y la personalidad del juez es igual a la decisión”, por lo tanto si el factor Personalidad del juez hacia que no se pudiera describir en sentido estricto, entonces la predicción de la decisión judicial era imposible; lo único que queda es que los abogados sean capaces de persuadir a los magistrados sobre su teoría.

Vemos entonces que la escuela realista estadounidense no comparte los mismos ideales de las escuelas escandivas y genovesas, tienen un total rechazo al formalismo de la norma y la forma de sentencias por tanto sus principales características, de acuerdo a Campos y Sepúlveda (2013: 21) son: “(...) (i) la falsedad de la idea de una total autonomía del derecho, (ii) la indeterminación de las normas jurídicas, (iii) su posible manipulación política, (iv) la impotencia del derecho para alcanzar cambios estructurales en la sociedad, (v) así como la imposibilidad del derecho de aprehender la complejidad social (...)”; de esa manera podemos decir que muy a parte de negar al formalismo jurídico, también niega el aspecto metafísico o axiológico del iusnaturalismo.

Ante la pequeña introducción se pasará a exponer cuál viene a ser su objeto de estudio, método de estudio y fin de estudio. Para ésta escuela su **objeto** viene a ser la sentencia o como ellos suelen llamar las decisiones judiciales, aunque ningún autor lo haya dicho en forma expresa, ellos siempre van a analizar su validez frente al contexto de la realidad estadounidense, por eso Brian Leitter parafraseando o metiéndose en la mente de los realistas de aquellas épocas afirma: “Todos los realistas estaban de acuerdo en que el derecho y las razones jurídicas son racionalmente indeterminadas (al menos en aquellos casos que alcanzan la etapa de apelación), así que la mejor explicación de porqué los jueces deciden en la forma en que lo hacen debe buscarse por fuera del derecho mismo” [el subrayado es nuestro] (2015: 246) o en palabras de Cohen: «(...) “debe concebir toda decisión como algo más que una expresión de la personalidad individual,... incluso de forma más importante... como un producto de determinantes sociales (...)» [el subrayado es nuestro] (Leitter 2015: 254).

Por otro lado, **el método** que deben aplicar, tal como ya se ha adelantado un poco en la cita de Leitter: las razones deben buscarse fuera del derecho mismo, ellos se apoyarán de las doctrinas del método naturalista de Quine a fin de naturalizar la teoría del Derecho, por cuanto Quine pide abandonar los proyectos normativos y analizar al conflicto desde la construcción o la evidencia (Leitter 2015: 257), además que si las reglas y razones jurídicas hacen imposible la racionalización de una decisión, entonces también lo es su explicación, por lo tanto son las razones no jurídicas son las que explican las decisiones, aunque no necesariamente arrojan un solo resultado, sino varios, esto es a la vista de los que leen la sentencia; por lo tanto ése método de naturalización consiste en abordar desde un inicio las consideraciones políticas y económicas primero de su Estado, luego de su localidad y finalmente de entre las partes, asimismo como dice Llewellyn, los jueces aplican normas de la cultura comercial y no de la imposición estatal o abstracta, finalmente Holmes dirá que

los jueces se han ido olvidando poco a poco de tomar en cuenta los beneficios sociales que debe tener una sentencia (Leitter 2015: 259-260); por lo que deben empezar por ello, lo que realmente importa y no lo que una norma pueda prescribir, incluyendo al precedente.

Finalmente, su **fin de estudio** la podemos inducir por la explicación que brinda Nathan Roscoe Pound (1870 – 1964) quien a pesar de afirmar que el derecho mantiene una estructura lógica, el Derecho debería ser: “(...) un instrumento para la vida social encaminado a realizar fines humanos, dentro de las rutas variadas y cambiantes de la historia. Por esta razón, el juez debe ser libre para buscar la solución más justa, en lugar de estar atado a la voluntad del legislador y a las glorias del pasado, que obstaculizan el cambio social y la regulación de nuevas realidades sociales, en lugar de favorecer la función del derecho como ingeniería social (...)” [el subrayado es nuestro] (Campos y Sepúlveda 2013: 22-23); con ello nos está diciendo que el Derecho no debe estar encaminado a la regulación específica de la norma o de que guarde un coherencia, lógica y sistemática dentro del ordenamiento jurídico, ni a encontrar la esencia de los valores supremos que el iusnaturalismo propuso, sino de ver el pragmatismo del Derecho en la sociedad protegiendo y reconociendo los intereses que se presentan en ella.

La **escuela realista jurídica genovés** tiene su nacimiento en el año de 1970 cuyo fundador es Giovanni Tarello en la Universidad de Génova, pero se debe hacer mención que los mismos seguidores no se consideran en sentido estricto como realistas jurídicos, sino que se identifican más como una escuela analítica (Hierro 2011: 218), esto es porque según Barberis: primero se tiene semejanzas con el positivismo jurídico respecto a la desunión entre derecho y moral, el emotivismo o subjetivismo metaético, es decir, la imposibilidad de alcanzar conocimiento sobre la moral, pero en lo que no están de acuerdo es en el escepticismo interpretativo; y segundo que por el hecho de que ellos se autodenominen realistas no quiere decir que lo sean, porque sería conducirnos a una lógica que quien estudia al liberalismo es liberal o quien estudia al marxismo es marxista, y esto no es así (citado en Hierro 2011: 219).

Los principales representantes son Giovanni Tarello (fundador), Silvana Castignone, Ricardo Guastini, Mauro Barberis, Paolo Comanducci y Pierluigi Chiassoni, ahora bien, el debate no se puede dilucidar en el presente trabajo sobre si amerita el nombre de escuela realista o una escuela analítica, eso es menester a otro debate, por lo que nosotros nos ceñiremos a los elementos de su objeto, método y fin de estudio.

En cuanto al **objeto de estudio** no hay expresión explícita al afirmar que es la norma, pero podemos inducir que se trata de ésta por cuanto se enfocan en poner una solución al escepticismo interpretativo todos los representantes de la mencionada escuela, de tal suerte que Giovanni Tarello al afirmar que: “Una vez comprobado que también en el caso de las normas jurídicas hay un valor semántico del néustico, se trata en ese momento de ver por qué tal valor se agota en la introducción de un factor imprevisible e incontrolable en la interpretación de las normas jurídicas mismas” [el subrayado es nuestro] (2011: 33) o por ejemplo cuando Barberis afirma que: “(...) El principal objeto de interés de la Escuela de Génova es tal vez hoy el constitucionalismo (nacional, comunitario y global), fenómeno y doctrina para los cuales los genoveses han acuñado un nombre –neoconstitucionalismo– y de los cuales discuten en el fondo, sin limitarse a denunciar el aspecto ideológico. Afirmar que para considerarse iusrealistas hoy es necesario tomar en serio el formalismo (...)” [el subrayado es nuestro] (2011: 213).

Aquí todo parece indicar de que se trata y pone mayor énfasis al estudio de la norma, no tanto en su estructura, sino en su interpretación y previa decisión del néustico, a quien se le debe entender como la intensión de lo que cree o considera sobre algo pudiendo ser un texto.

Respecto al **método de estudio**, sólo se puede mencionar que es la interpretación, pero no en el sentido clásico de analizar el sentido de la norma o de encontrar una relación sistemática con el ordenamiento jurídico, que viene a ser el criterio de individualización jurídica, sino por medio de un criterio de individualización de factores económicos, sociales o tecnológicos (Tarello 2011: 35) porque los enunciados que están en el ordenamiento jurídico no han sido formados en un mismo tiempo o con secuencia temporal, sino todo lo contrario han sido creados para un vocablo en particular que acepte la comunidad en particular y no general.

Y es que en concordancia con la propuesta de la intervención del néustico que viene ya sea por parte del intérprete o del mismo dispositivo normativo, existe ya una carga para la interpretación en un caso concreto, por eso es que Giovanni Tarello explica que los conceptos de las normas jurídicas que han sido formadas por las distintas tradiciones que no han seguido el curso de la evolución del contexto social se tornan ineficaces, por ejemplo el concepto sujeto que derecho civil implica un significado y el derecho tributario otro, o nexos causales para derecho civil como para el penal, lo mismo que posesión entre otros, asimismo esta desagregación no se da en los campos jurídicos con los conceptos patrimonio, negligencia, responsabilidad, etc. (2011: 36-37).

Liborio Hierro analiza a la escuela realista genovesa y establece cuatro presupuestos por donde gira la mencionada escuela: (a) Sólo las proposiciones descriptivas son susceptibles de verdad o falsedad, (b) Las proposiciones descriptivas son exclusivamente proposiciones sobre hechos, (c) las proposiciones normativas no describen hechos, sino que prescriben conductas, y (d) Luego las proposiciones normativas no son susceptibles de verdad o falsedad. (2011: 223); desde luego, ello viene a ser la conclusión de varios aportes de los representantes a dicha escuela.

Finalmente acerca de su **fin de estudio**, tampoco lo consignan de forma explícita, sin embargo, deducimos que viene a ser la defensa de un constitucionalismo débil, porque tanto Comanducci como Guastini se van en contra de la subjetividad del intérprete a través de la ponderación, porque ello no hace otra cosa que incrementar la inseguridad y la incertidumbre en el derecho, dicho en pocas palabras el fin es encontrar seguridad jurídica a través de la supremacía constitucional a través del control constitucional, pero sin que los Tribunales Constitucionales cambien la decisión o manipulen el sentido de una norma constitucional (Hierro 2011: 233-234).

3.3.9.2. El objeto, método y su finalidad

Como se ha podido observar, el realismo jurídico no tiene objetos de estudio, ni métodos, ni fines iguales, es la misma circunstancia que pasó con el tridimensionalismo jurídico, y que como han advertido los estudiosos sobre el realismo, han tenido contacto, pero no han tenido una secuencia sistemática y evolutiva, sino que se han distinguido por sus intereses e ideologías.

Por eso, a manera de resumen, para el realismo jurídico escandinavo el objeto de estudio son los hechos jurídicos empíricos, su método es la verificación de las proposiciones jurídicas y su finalidad es la vigencia del derecho demostrada en la efectividad social, siendo

además útil a las ciencias sociales; mientras que para el realismo jurídico estadounidense el objeto de estudio es la sentencia o jurisprudencia, el método que aplican está basado en las razones no jurídicas las que explican las decisiones, como factores políticos y económicos, y el fin de estudio es hacer del derecho un instrumento para la vida social encaminado a realizar fines humanos; finalmente con la escuela realista genovesa, el objeto de estudio es la norma, su método es la interpretación bajo criterios de individualización de factores económicos, sociales o tecnológicos, y el fin de estudio la defensa del constitucionalismo débil.

En conclusión, a pesar de que afirman llamarse escuelas realistas, no tienen nada en común, más sólo el nombre, por lo que deben analizarse de forma independiente.

3.3.10. Escuela relativista

3.3.10.1. Representantes

La escuela relativista del Derecho mantiene sus raíces desde que el hombre ha tratado de fundamentar el sentido objetivo de verdad o en todo caso de afirmar la tesis que el conocimiento es posible, esto es a razón que así como existieron filósofos, científicos o pensadores que de sí era posible el conocimiento seguro, también existieron personajes que negaban dicho presupuesto, de esa manera, la lucha sobre la certeza de verdad o de un conocimiento con bases sólidas hasta el día de hoy sigue siendo motivo de debate y como tal, el Derecho sea enfocado desde un punto de vista de ciencia, disciplina, filosofía, arte, entre otros, también tiene está sujeta al mencionado debate porque quiérase o no, uno de sus puntos neurálgicos es determinar si el juez, la norma, el hombre actúan acorde a justicia o no, por lo que cabría de interrogarnos: ¿realmente existe la justicia o es tan sólo una creación sofisticada del hombre?, en consecuencia, el relativismo jurídico debe ser entendida: como una imposibilidad de que el hombre pueda determinar objetivamente lo que es justo, más lo único a lo que puede aspirar es a un sentimiento de sana doctrina para solucionar sus problemas cotidianos y de cualquier índole.

Entendido de esa manera, el profesor español Fernández-Galiano publica en el año de 1968 su artículo *Relativismo gnoseológico y relativismo jurídico*, con la que explica de forma magistral un recuento en línea histórica sobre la influencia del relativismo gnoseológico de distintos autores a los pensadores del Derecho, de tal suerte que se pasará a explicar lo que profesor ha logrado con su investigación acerca de la mencionada escuela jurídica.

La aparición del relativismo gnoseológico se origina en Grecia, específicamente con los presocráticos, cuya principal tesis es advertir que el orden estático de la razón no es posible, que está en constante cambio, éstos filósofos fueron: Heráclito, Parménides y Demócrito, por ejemplo una frase del primer filósofo en mención fue «(...) “Los ojos y los oídos son malos testigos para los hombres, teniendo almas bárbaras” (...)» (citado en Fernández-Galiano s/f: 19) o por ejemplo de Parménides al decir: «(...) no se deje dominar por el ojo que no capta bien su objeto, ni por el oído que oye ruidos, ni por la lengua” (...)» (citado en Fernández-Galiano s/f: 19); pero con dichas frases debe comprenderse que lo que ellos están aludiendo es al contenido subjetivo o criterio individual de la persona, lo que finalmente conlleva a una duda de lo percibimos es real o no lo es.

Luego, nacen dos escuelas con el mismo tenor de los filósofos precedidos: (a) la escuela cínica, la (b) escuela cirenaica y el pensamiento de Pirrón de Elea; la primera escuela prescribe al hombre a tener una conducta del dominio de sus deseos, porque sólo a través de ello se alcanzará una verdadera libertad; mientras los de la segunda escuela afirman que el hombre debe dejarse llevar por los placeres en la cual encontrará su felicidad, una

paz interior que prescindiera de cualquier reforma a los demás; y finalmente la idea básica de Pirrón fue el agnosticismo sobre lo verdadero y lo falso, pues nadie puede determinar con plena seguridad ello (Fernández-Galiano s/f: 21-23).

Hasta aquí, entonces se puede establecer una conexión directa entre el conocimiento seguro y la moral, porque si se desestima la tesis de que el hombre pueda llegar a conocer la verdad objetiva, también se desestima que la determinación de lo justo e injusto también será posible.

Además con las investigaciones producidas por (a) Copérnico, la cual desecha la teoría que el sol gire alrededor de la tierra, sino que es a la inversa; (b) Giordano Bruno que fundamenta la relatividad del espacio; aparecen de forma notable Montaigne y Pascal quienes ya de forma más directa aluden al relativismo al Derecho, ya que Montaigne explica las inseguridades sobre las opiniones jurídicas a razón de un criterio de determinación de "justicia", de allí que afirma: «(...) "Es posible que haya algunas leyes naturales, como se ven en las otras criaturas, pero en nosotros se han perdido, pues esta dichosa razón humana se ha propuesto dominarlo y dirigirlo todo, embrollando y confundiendo la faz de las cosas por razón de su vanidad e inconstancia"» (citado en Fernández-Galiano s/f: 33-34), aquí no está explicando que el hombre no puede, ni podrá llegar a determinar una justicia natural porque él mismo trata de modificarla a su gusto.

Y casi lo mismo llega a afirmar Pascal, sólo que él incide en que la razón humana no puede configurar principios de la naturaleza, por ello asegura: «(...) "no hay nada justo ni injusto que no cambie de calidad al cambiar el clima. Tres grados de elevación del polo trastornan toda la jurisprudencia, un meridiano decide a cerca de la verdad (...)» (citado en Fernández-Galiano s/f: 36); y con ello confirma nuevamente como señalábamos desde un inicio, nadie puede determinar lo que es justo.

Se podría incluir dentro de un relativismo jurídico a Augusto Comte y Marx, la razón es la siguiente: Comte explica que existen tres estadios sobre la verdad: la fase teológica, la fase metafísica y la positivista, es en ésta última en la que se enfoca que la verdad debe ser construida a partir de hechos observables, medibles y cuantificables, de lo contrario son mera especulación; lo mismo sucede con Marx cuando da a entender con su teoría o modelo de la superestructura que la religión, el Derecho, el arte, la política y cualquier otro hecho producido por el hombre nace a través de los factores económicos; entonces si ambos explican que la verdad se encuentra en un determinado estadio o como producto de las relaciones económicas, también lo es la verdad sobre la justicia, es decir, que la justicia va a depender del proceso histórico que se pueda generar en la humanidad (Fernández-Galiano s/f: 42 y 44), lo mismo a decir que se trata de una manipulación directa o indirecta de la justicia sea a bien o en contra.

3.3.10.2. El objeto, método y su finalidad

A través de lo explicado por el profesor Fernández-Galiano nos podemos dar cuenta que, si bien no ha existido una escuela en sentido estricto sobre el relativismo jurídico, si han existido filosóficos y científicos que se han pronunciado sobre la determinación del Derecho y en forma específica de la justicia.

Entonces asumimos que si hay un objeto de estudio para la escuela que es la justicia, pero a diferencia del iusnaturalismo que trata de buscar la verdad de ella, el relativismo aplica un método de sentimientos anti-cognocitivistas, es decir, que reduzcan a la justicia a una mera fórmula, sino como un bagaje de cultura, para que el fin de su estudio no sea la

manipulación de la justicia vertida en intereses personales o contextuales de un determinado tiempo y lugar, que a través de fórmulas o métodos cognitivistas tratan de justificar sus acciones.

3.3.11. Escuela egológica del Derecho

3.3.11.1. Representante

Para el presente caso, el único representante es **Carlos Cossio**, de nacionalidad argentina que en el año de 1949 publica su libro clave denominado *Panorama de la Teoría Ecológica* y luego en el año de 1963 su obra *Teoría Ecológica, su problema y sus problemas*, de esa manera tras la influencia que causa sus investigaciones en Latinoamérica y parte del mundo europeo decide publicar un compilado de sus obras incluyendo un ensayo introductorio de su discípulo Daniel E. Herrendorf titulada *Introducción a la Fenomenología egológica*, así pues las obras compiladas de Carlos Cossio la encontramos bajo la denominación *Radiografía de la Teoría Ecológica del Derecho*. Sin más, se pasará a explicar cuál es su objeto, método y fin de estudio de dicha teoría.

Para Carlos Cossio el objeto de estudio radica en la conducta humana y propiamente en la conducta compartida, pues como él afirma: "(...) Quien no logre advertir la simplicidad coexistencial de la conducta compartida como actuación conjunta resultante, obnubilado por la *pluralidad existencial* de las conductas individuales que moralmente también puede contemplar en la misma experiencia, éste no puede aprender, ni enseñar, ni investigar nada acerca de Derecho; únicamente podrá repetir opiniones ajenas o construir como opinión propia un puro pensamiento meramente coherente" (1987: 155); con lo que explica, ya está haciendo la diferencia entre lo que es la percepción moral y la percepción jurídica, y claro aunque ambas sean conducta no son lo mismo, ya que el primero sólo se dedicará a analizar su conducta de forma individual, mientras la segunda es un fenómeno que es producto de una interferencia intersubjetiva de acciones posibles (1987: 154), ésta última nota se explicará con mayor análisis más adelante.

Ahora bien, por qué el autor de la teoría en análisis identifica como objeto de estudio del Derecho a la conducta humana y rechaza a la norma, o que el Derecho sea producto a razón del origen de un Dios o la interacción de los intereses de los sea colectivo o individual hombres, por una sencilla razón "(...) sólo el hombre es persona porque la hay en él (...)" (1987: 149) esto significa que el hombre es un ser (a) proyectable y cuando mantiene una visión de ella para su misma existencia, ésta se vuelve predecible (1987: 172), y por lo tanto controlable; (b) el hombre como experiencia pura, como experiencia interrelacionada con las demás experiencias, lo único que hace el legislador es aprobar o en todo caso modificar lo ya preexistente de dichas conductas en normas (1987: 151) y (c) la conducta humana como objeto de estudio no parte de una coherencia, sino de una necesidad, porque la conducta se manifiesta como un hacer de un deber hacer, que es debido a su libertad.

Cuando Carlos Cossio se refiere a que: "(...) la conducta humana en su interferencia intersubjetiva o conducta compartida" (1987: 153), es porque la conducta es sujeta de percepción por cualquiera, es un fenómeno observable, pero antes de proseguir a dicho análisis, se debe aclarar antes que cómo él se apoya de la fenomenología de Husserl y Heidegger, también hace una distinción entre el ego y el alter ego de la conducta, de tal suerte que mientras el primero es una conducta percibida tal como es en una persona o grupo de personas, en pocas palabras es la que llame nuestra atención y nos centremos en específico de esa conducta, sin mayor examen; y el segundo se refiere a la conducta ya percibida sobre la cual se muestra de esa conducta de lo que le está permitido o prohibido, aquí es donde recién nace la intuición intelectual de la moral, se trata de un atender de

forma aislada un comportamiento (1987: 154). Y aunque ambas son conducta, ésta no es la que le importa al Derecho, es decir, el ego, ni alter ego, sino la “conducta compartida”.

Esa conducta compartida “(...) Se trata del perfil coexistencial del comportamiento mismo como pura y bruta actuación que se aprende ópticamente mediante una percepción sensible (...)” (1987: 155), porque el jurista o el juez analiza la conducta, no desde un solo punto de vista, sino como un conjunto de actos indivisibles realizados por el hombre, y cuando se realiza dicho acto en una alteralidad jurídica ya la presencia de la conducta de un hombre está frente a otros de acuerdo a su libertad (tiene una gama de posibilidades de hacer, no hacer, lo que tiene permitido y prohibido) (1987: 156-157); por eso a través de todo lo explicado se concluye que el objeto de estudio del Derecho es la conducta, pero propiamente dicho es: “(...) la manifestación original de la coexistencia en la existencia. El Derecho es, así, la convivencia reducida o llevada a la su raíz, la convivencia como aparece en la conducta en sí misma considerada” (1987: 158).

Con respecto a su método de estudio, el autor no es claro, sin embargo, tratando de inferir cómo llega a estudiar dicho objeto de estudio, lo hace a través de un proceso fenoménico elaborado por el mismo Carlos Cossio que consiste en lo siguiente: (a) distinción entre saber y conocer, mientras el primero se manifiesta en la vivencia de la conducta tales como las emociones, el segundo es la afirmación o negación sobre el significado de los objetos como son las de percibir, recordar, fantasear, juzgar y nombrar, pueden ser confirmada o desmentida mediante el aludido objeto (1987: 174), más no por lo vivido; ahora bien, si el objeto es conocido (conocer) y ésta es compatible con lenguaje (saber) es practicado y aprendido, al utilizarse dicho conocimiento sale de esa esfera y retorna como saber.

Por esa razón, primero se interpreta la conducta humana mediante la ley, es decir, se realiza un conocimiento de las múltiples actividades que ha tenido el ser respecto a una norma de conducta (legal), y no de forma viceversa, porque de serlo de ésta última manera sería un conocimiento filológico, estudiando acerca del texto o enunciado de la norma, lo cual no es así (1987: 175-176); la manera entonces del cómo aprende el jurista es a través de las conductas compartidas, ya que para que él encuentre la verdad, primero deberá averiguar la conducta del hombre en forma coexistencial, luego al ver dicha percepción, justificación e incluso su proyección, recién debe sentenciar sanción o permisión en base a una norma (1987: 178); pues como Cossio afirma: “(...) Al mentarse por la norma el ser de la vida, se mienta su opcionalidad; y en forma similar, al mentarse por la norma jurídica el ser del Derecho, se mienta la impedibilidad de la vida, es decir, la interferencia intersubjetiva de conducta con que ésta emerge como experiencia (...)” (1987: 179).

Dicho en pocas palabras, el método que aplica Cossio es la interpretación (conocimiento) de la conducta humana coexistencial (objeto), y que una vez interpretada su verdad como proyección o su encaminar de su actuar, recién se puede colocar la norma jurídica a la que corresponda.

Y si ahora nos preguntamos, todo éste proceso a qué fin nos debe llevar, pues aunque tampoco lo mencione de forma taxativa Carlos Cossio, podemos asumir que es “(...) señalar en la conducta jurídica, los valores propios de ella; es decir, aquellos valores aptos para justificar la conducta jurídica no sólo por encontrarse necesariamente en ella como calidades de la preferencia, sino a la vez por la aptitud de ellos para dar más sentido a la impedibilidad de la conducta elegida” (1987: 162); lo cual nos quiere decir que, la conducta jurídica o conducta coexistencial produce normas jurídicas, y como se encuentran plasmadas en ellas con los debidos valores que demanda, ésta se integra nuevamente a la conducta coexistencial, porque allí radica su proyecto jurídico; y en caso que no fuera así,

esto ayuda a “(...) desenmascarar a los juristas como ideólogos de la clase social a cuyo servicio están” (1987: 181); es decir, a un beneficio particular o subjetivo malicioso, cuya conducta coexistencial que produce una norma jurídica no vuelve a la conducta coexistencial, sino que se re direcciona a intereses particulares que no son propios de la conducta coexistencial.

3.2.11.2. Objeto, método y su finalidad

Por lo analizado, asimismo que el objeto de estudio es la conducta coexistencial, luego como método de estudio es la interpretación jurídica de la conducta humana, la cual siempre debe partir analizando la percepción, justificación y proyección de la misma para luego recién el jurista sentencie acorde a las normas producidas por la conducta coexistencial; y esto es con el fin de que esa conducta sentenciada retorne nuevamente a la conducta coexistencial, caso contrario se estaría manipulando el proyecto coexistencial de la humanidad.

3.3.12. Escuela de la teoría analítica del Derecho

3.3.12.1. Representantes

La presente escuela ha contado con diferentes representantes que han ido evolucionando y mejorando la escuela en análisis, sin embargo, a quien se le debe la atribución de fundador es a Georg Henrik von Wright (1916-2003), filósofo finlandés que con su obra *Lógica deóntica* dio un nuevo viraje al Derecho, pues estaba haciendo partícipe activo a la lógica en el derecho, pero no sólo en una cuestión silogística, sino de un nuevo sistema axiomático normativo y análisis de ello.

Posteriormente, se le unieron otros interesados en la materia tales como: García Máñez con su obra *Introducción a la Lógica jurídica*, Magni con su obra *Lógica, Matemática e Scienza Giuridica*, Ilmar Tammelo con su ensayo *Sketch for a Symbolic Juristic Logic*, Francisco Miro Quesada con su obra *Problemas fundamentales de la lógica jurídica*, entre otros, pero los que impulsaron notablemente el trabajo de la lógica jurídica fueron Carlos Alchurrón y Eugenio Bulygin con distintos ensayos en la que distinguieron normas y proposiciones normativas; asimismo, debemos mencionar que entre uno de los primeros intentos en aplicar la lógica simbólica al razonamiento jurídico fue dado por Ulrich Klug (1913-1993) con su obra *Juristische Logik -Lógica jurídica-* (Bobbio 1965: 25), y considerado como precursor de la teoría analítica del Derecho a J. Betham (De Paramo 1984: 1).

La escuela de la teoría analítica del derecho ha tenido que enfrentarse a interrogantes como las que menciona Perelman: “Cuando se habla de lógica jurídica, ¿se pretende hablar de una lógica autónoma, de una lógica especial o de una lógica aplicada?” (citado por Bobbio 1965: 31), o como lo mencionan Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin que algunos autores estiman que sí es posible las relaciones entre lógica y normas por lo que realizan proyectos de una lógica deóntica o normativa, mientras otros niegan que exista la relación en mención porque no puede existir una lógica entre las normas, ya que esto implica que se pueden demostrar la verdad o falsedad de las normas (1991b: 121-122), lo cual es imposible sin someter al mundo fáctico.

Esto conlleva a que es hasta el momento una escuela que sigue formando su camino para brindar un mejor tipo de razonamiento al mundo jurídico, de esa manera analizaremos tres representantes de ésta escuela, es decir, a Von Wright y a Alchourrón.

El **objeto de estudio** para **Georg Henrik von Wright** vienen a ser las proposiciones deónticas, y éstas no vienen a ser otra cosa que las funciones veritativas de lo obligatorio, lo permitido, lo prohibido entre otros actos funcionales en el derecho, pues él afirma acerca de la lógica deóntica que: “(...) son objeto de estudio [las] proposiciones deónticas. Las oraciones mediante las cuales son expresadas en nuestro sistema, son oraciones \neg p y oraciones \neg O, o complejos moleculares de tales oraciones.” (1979: 31).

El **método de estudio** que utiliza von Wright, aunque no lo mencione expresamente, implícitamente lo desarrolla en su trabajo es la utilización de la lógica formal elemental para realizar un esquema de lógica deóntica o un sistema normativo, por ejemplo él explica la diferencia entre actos moralmente indiferentes e incompatibles, ya que en el primero si un acto y su negación está permitido, entonces se trata de una conducta moralmente indiferente en la que hay la posibilidad que una persona pueda hacer un acto, como restringirse de ello; mientras en la segunda se habla de prohibición, en la que sí es incompatible con cualquier acto que entraría en contradicción; entonces llevándolo a una lógica de símbolos el primero sería de la siguiente manera: “ $PA \ \& \ P\sim A$ ”, y el segundo como “ $\sim P(A\&B)$ ” (1979: 26 y 30), entonces lo que pretende es realizar un sistema de artículos que estudie las proposiciones y la ejecución de los operadores deónticos con la lógica formal.

Finalmente, su **fin de estudio** para von Wright viene es que la Lógica Deóntica se proponga: “(...) desarrollar una técnica para decidir si las proposiciones que estudia son lógicamente verdaderas o no (el problema de la decisión).” (1979: 31); esto que se desarrolle un mecanismo en la que las decisiones que toman los jueces puedan tener mayor exactitud sobre la verdad de sus razonamientos a través de las emisiones de proposiciones normativas.

Carlos Alchourrón y Martino ponen como **objeto de estudio** a las normas y proposiciones normativas, pues se ubican en la concepción de la relación entre lógica y derecho, esto es porque la otra concepción niega los valores de verdad o falsedad de la norma y como las relaciones y propiedades de la lógica tienen que ver con la verdad y falsedad, ello hace imposible que exista una relación entre lógica y Derecho (2008: 25).

Distinguir entre normas y proposiciones normativas admite dos interpretaciones dentro de la lógica deóntica, que: (a) las normas son prescripciones carentes de cualquier valor de verdad o falsedad, esto es que solamente son lenguaje que expresa un significado, mientras que (b) las proposiciones normativas son eminentemente descriptivas, capaces de aceptar la verdad o falsedad, ya que son aserciones o manifestaciones de la norma de lo que sucede en el mundo fáctico.

Como **método de estudio** consigna a todo un sistema lógico el cual intenta reconstruir conceptos como obligación, permisión, entre otros (Alchourrón 1991b: 25), en pocas palabras él construye un sistema de proposiciones normativas a través del método axiomático, más no un nuevo sistema de lógica deóntica, porque ello en sí mismo es la escuela jurídica.

Mediante la lógica normativa o lógica de proposiciones normativas pretende: (a) detectar algunas ambigüedades de los conceptos obligatorio, permitido, etc. dentro del discurso jurídico, (b) caracterizar algunas propiedades de coherencia y completitud que no se formulan bien en la lógica deóntica, y (c) mostrar que los operadores jurídicos [que son tildados de problemáticos] son conceptos frecuentemente usados en los discursos jurídicos (Alchourrón 1991b: 25). Como bien se había señalado desde un inicio, no es materia de

análisis el de criticar sobre la viabilidad o consistencia de las escuelas y sus métodos, pues la naturaleza de la tesis es otra, exhortamos a quién esté más interesado en el tema planteado por Alchourrón pueda leer su obra *Lógica de normas y lógica de proposiciones normativas*.

Como se ha podido observar cada autor trata de mejorar el sistema de la lógica deóntica, por lo que en sentido amplio el método y el objeto de estudio de la presente escuela viene a ser: “(...) la lógica formal deductiva [como] herramienta metodológica básica e indispensable para el análisis filosófico en general y para el estudio de las normas y de los sistemas normativos en particular (...)” [el subrayado es nuestro] (Alchourrón y Bulygin 1991a: XIX); esto es que la lógica formal deductiva es el método general de la lógica deóntica y el objeto de estudio son las normas y los sistemas normativos.

Pero si hablamos del **fin de estudio** es dar un rigor y exactitud a los argumentos jurídicos, pues Alchourrón afirma: “(...) los principios lógicos son considerados como verdades necesarias que es posible dejar a un lado sin introducir el error en nuestros razonamientos. De esa suerte –se cree– el rigor y la exactitud de la lógica entran en el terreno del razonamiento jurídico a través de tales formas de argumentación” [el subrayado es nuestro] (1991a: 4); Asimismo explica el mencionado autor que la lógica formal contemporánea ayuda a identificar los presupuestos de los argumentos y sus condiciones de aplicación en que son verdaderos o falsos en los problemas jurídicos, cimentando una nueva lógica para el derecho (1991a: 24).

Empero, un sistema lógico deóntico no es completo si solo se pone en función la noción sintáctica, que viene a ser un conjunto de pasos secuenciales que en base a sus axiomas se obtiene una demostración, pero ello sólo viene a ser un conjunto de símbolos y reglas que no demuestran en sí la verdad de un hecho, por lo que es necesario incorporar la noción semántica, que no viene a ser otra cosa que la verdad de correspondencia brindada por el lógico Tarki, quien afirma que una proposición sólo será verdadera si en los hechos es también verdadera (Alchourrón y Martino 2008: 41-43), esto como lo ejemplifica en su famosa frase: “La nieve es blanca si y solo si la nieve es blanca”

3.3.12.2. El objeto, método y su finalidad

Ante todo lo explicado, podemos afirmar que el objeto de estudio van a ser las proposiciones normativas que es así como lo denomina Alchourrón o proposiciones deónticas en palabras de Von Wright, pero al fin y al cabo se reducen a construcciones lógicas normativas de permisión, prohibición entre otras conductas, sólo que a diferencia de Von Wright quién no hace diferencia entre norma y proposición normativa sí lo hacen Alchourrón y Bulygin, ya que el primero carece de verdad o falsedad, mientras el segundo sí puede ser pasible de verdad o falsedad.

El método de estudio, sin lugar a dudas es la lógica formal deductiva, que a través de ello van a comenzar a elaborar un sistema normativo llamado lógica deóntica, es decir, utilizarán los elementos básicos de la lógica para hacer un sistema de normas jurídicas cerradas.

Y el fin de estudio es realizar un sistema normativo de gran precisión y exactitud a fin de hacer del razonamiento jurídico sólido y seguro, es decir, que el razonamiento de los operadores jurídicos sea más exactos y pasibles de encontrar su verdad o falsedad lógica y que además sus proposiciones de su discurso jurídico sean verificadas.

3.3.13. Escuela de la teoría de la argumentación jurídica

3.3.13.1. Representantes

En la escuela de teoría de la argumentación jurídica se encuentra dividida en dos etapas según Manuel Atienza, los que han sido precursores y los que han hecho de ella una teoría estándar (2004: 167-168), dentro de la primera se encuentran:

(a) Theodor Viehweg (1907-1988), quien en el año de 1953 con su obra *Tópica y jurisprudencia* reivindicó todo tipo de interés de unir la teoría y la práctica del Derecho a través de los tópicos, y ésta según el autor es caracterizado por tres elementos que están conectados entre sí, pues se la debe entender como un objeto como aquella que pretende ser una técnica del pensamiento problemático, luego como instrumento porque se la entiende como los lugares en común y finalmente como una actividad, la que es una búsqueda y examen de premisas, entonces así el autor hace de la tópica un arte de invención de las premisas; cuya finalidad es hacer un modelo perfecto de jurisprudencia, centrado en el problema jurídico de ése instante (Atienza 2004: 73-77).

(b) Chaïm Perelman (1912-1984), quien en el año de 1950 con su obra *La nueva retórica. Tratado de la argumentación* escrito juntamente con Olbrecht-Tyteca, con dicha obra trata de explicar que los argumentos retóricos no establecen verdades o en todo caso pruebas demostrativas, sino todo lo contrario, mostrar la razonabilidad de una decisión, la misma que tratará de persuadir al público, haciendo de ésta una analogía como la solidez de un tejido difícil de romper, de tal suerte que los presupuestos para que se dé dicho acto es que el lenguaje del discurso debe ser común entre el orador y el auditorio, porque su finalidad no sólo es la adhesión, sino también de aumentarla, porque si éste acto se cumple en conjunto, la argumentación se hace válida por todos los seres que tienen razón (Atienza 2004: 89-94).

(c) Stephen Edelston Toulmin (1922-2004), quien con su obra del año de 1958 *Los usos de la argumentación*, a diferencia de los dos anteriores autores analizados, no pretende hacer una recuperación de la tópica o la retórica, sino que se enfoca en analizar la lógica deductiva explicando que ésta no puede trasladarse a la razón práctica y tampoco permite saber los argumentos que se dan en los múltiples ámbitos de las ciencias sociales, sino tan sólo en el de la matemática pura; por esa razón basa su modelo de argumentación a la de la jurisprudencia, más no a la de la aritmética o geometría, porque la primera mantiene una lógica operativa o aplicada, entonces dicho modelo contiene: la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo, por lo que sólo así se puede saber la validez o invalidez de los argumentos (Atienza 2004: 136-143).

Dentro de los que están en la teoría estándar de la argumentación son Neil MacCormick con su obra *Legal Reasoning and Legal Theory* de 1978 y Robert Alexy con su obra *Teoría de la Argumentación jurídica* de 1978, pero nosotros afirmamos que también debemos incluir a Manuel Atienza porque con su obra *El Derecho como argumentación* del año 2005 que también brindó grandes avances a la argumentación jurídica; sin embargo, para fines pedagógicos de encontrar el objeto, método y fin de estudio, no estudiaremos en sentido estricto a los autores antes citados, sino que analizaremos sus obras cumbres de los dos últimos a fin de obtener los datos citados que son propósitos de la presente tesis; de esa manera comenzaremos con la obra de Robert Alexy.

Robert Alexy tiene como **objeto de estudio** a la teoría de la argumentación jurídica a la decisión jurídica de los jueces en diferentes instancias de un sistema judicial, pues el mismo afirma: “La metodología jurídica puede resolver el problema de la fundamentación de las

decisiones jurídicas, si es capaz de proporcionar reglas y procedimientos (...)” [el subrayado es nuestro] (2007: 29); mediante la frase citada, él nos da a entender que existe una problemática entorno a la decisión jurídica, la forma en cómo ha de ser expuesta por los jueces y las reglas que debe seguir, además explica que ése problema no ha sido resuelto porque las preguntas surgen en: “(...) dónde y en qué medida son necesarias las valoraciones, cómo debe ser determinada la relación de éstas con los métodos de interpretación jurídica y con los enunciados y conceptos de la dogmática, y cómo pueden ser racionalmente fundamentadas o justificadas estas valoraciones” [el subrayado es nuestro] (2007: 35); con ello demuestra que existe un problema en la determinación de si se ha justificado bien o no una decisión judicial.

Finalmente Alexy afirma del discurso jurídico como un: “(...) criterio para decisiones correctas hace necesario una referencia al discurso hipotético y al consenso hipotético (...) significan que un juicio sobre la corrección de una decisión (fuera del campo de lo necesario discursivamente) tiene siempre un carácter provisional, es decir, puede ser refutado” (2007: 401-402); aquí nos comenta que las decisiones jurídicas que ya han pasado por la metodología desarrollada por el autor en análisis, no tiene un carácter absoluto o definitivo, sino un carácter provisional o de momento hasta que sea refutada esa decisión por otra decisión.

Entonces, podemos decir que el objeto de estudio es la decisión judicial o la jurisprudencia emitida por los tribunales de justicia, en tanto quieran saber si ésta fue bien emitida o fue correctamente formulada o no.

Sobre el **método de estudio**, aunque no lo afirme de forma explícita, podemos llegar a deducir que vienen a ser los rasgos fundamentales de la argumentación jurídica que son dos, en la que: “(...) la justificación se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa es la corrección de las premisas” [el subrayado es nuestro] (Alexy 2007: 306); aquí si nos percatamos en el subrayado podemos afirmar que tanto la justificación interna y externa son reglas para determinar si la decisión son válidas o no, ya pone en juego a la metodología, porque mientras la justificación interna viene a ser el paso correcto de las premisas a la conclusión sin vulnerar los principios lógicos, la externa es la validación de las mismas premisas.

Pero, cómo entender a la validación de las mismas premisas que han sido utilizadas en la justificación interna, pues Alexy nos explica que éstas premisas los hay de tres modos, que al mismo tiempo están interrelacionadas entre sí, sin importar el orden, éstas son: (a) bajo reglas de derecho positivo, la que consiste en brindar una conformidad con el ordenamiento jurídico vigente; luego están los (b) enunciados empíricos, las que vienen a ser los juicios respaldados por criterios científicos de distintas áreas o de las máximas experiencias que puedan tener los peritos u operadores del derecho; y finalmente las (c) premisas que no son enunciados empíricos, ni reglas de derecho positivo, estos vienen a ser argumentos jurídicos que coadyuvan a la decisión, como por ejemplo la creación de un nuevo derecho o en todo caso un test de proporcionalidad nacidas por y para casos especiales y complejos (2007: 318-320).

Para culminar sobre el método, dirá Alexy que: “(...) el discurso jurídico incluye reglas y las formas del discurso práctico general (...)” (2007: 401); esto es que al ser el discurso jurídico una forma especial de argumentación, utiliza herramientas del discurso práctico general, reglas que se utiliza en un debate político, académico, moral, científico u otro escenario,

donde también han evolucionado las formas para saber si hay falacias, paralogsimo o sofismas en un determinado discurso, y lo que nos está tratando de decir el autor es que entre ambos se complementan, entre ambos hay una relación, sólo que en el discurso jurídico hay una decisión final, y en los otros no las hay.

Finalmente sobre el **fin de estudio**, al igual que el objeto y el método, aunque no lo diga de forma expresa diremos que es la realización de decisiones que se complementen o estén acorde con la constitución, pues Alexy al preguntar de qué se puede entender por argumentación racional y razón práctica el afirma que: “(...) la respuesta a ésta también es importante para la problemática jurídico-constitucional (...)” (2007: 59); y esto es porque: “Si resulta que no existe algo así como una argumentación racional, o que su utilidad es muy pequeña, se intentará más bien limitar el alcance de la competencia judicial” (2007: 59); y por ende el estudio de su teoría de la argumentación, de hacer un sistema en la que se pueda estudiar las jurisprudencias o decisiones judiciales a fin de que tengan un sentido racional bajo los presupuestos de una Carta Fundamental, la razón del pueblo.

No es por nada entonces cuando cita que el Tribunal Constitucional de Alemania que: “(...) La tarea de la aplicación del Derecho puede ‘exigir, en especial, poner de manifiesto y realizar en decisiones mediante un acto de conocimiento valorativo en el que tampoco faltan elementos volitivos, valoraciones que son inmanentes al orden jurídico constitucional, pero que no han llegado a ser expresadas en los textos de las leyes escritas, o lo han sido solo incompletamente (...)” (2007: 58); ello implica que no todo el derecho se encuentra positivizado y que es propio del Poder Judicial, específicamente de los jueces argumentar racionalmente en los casos en que exista vacíos, lagunas, casos difíciles en la vida del Derecho, y una de las formas de garantizar que se está argumentando racionalmente es que todo el discurso esté acorde a la Carta Fundamental, a la voz del pueblo, de lo contrario puede haber mucha técnica, pero un gran vacío a la voz de la nación, a la voluntad del pueblo.

Por otro lado tenemos a **Manuel Atienza** quien no expone de forma explícita el objeto, método y fin de estudio, nosotros deducimos que propone como **objeto de estudio** a la jurisprudencia o como él específicamente lo llama decisión judicial, pues cuando el afirma: “(...) en la toma de una decisión judicial, que es el producto no sólo de los argumentos que han dado las partes (...)” (2015: 73-74); con ello nos da a entender que en la actividad argumentativa que puede darse en distintos foros como el debate parlamentario, académico, político, etc., en el caso del Derecho el producto del debate viene a ser la sentencia o jurisprudencia, que en buena cuenta también es la decisión judicial.

Asimismo, Atienza pone énfasis la argumentación judicial en las sentencias porque al explicar que: “(...) la deliberación que tiene lugar entre los miembros de un tribunal es básicamente –aunque no sólo sea eso– una actividad argumentativa, cuyo resultado es una sentencia que –aunque no sólo– puede verse como un argumento o un conjunto de argumentos (...)” (2015: 76); nos muestra el camino hacia donde debe dirigirse el análisis de una teoría de la argumentación, no es entonces el objeto, la norma, los hechos o la creación de argumentos (ars invendi), sino el conjunto de todas las premisas juntamente con su conclusión que motivo un determinado tribunal o juez a fin de poner una resolución final al caso con relevancia jurídica.

Ahora bien, el **método de estudio** que emplea, propiamente no es del mismo Derecho, sino que usa las herramientas de la argumentación general, y para ello elabora un esquema de elementos que participan en la argumentación, las cuales son la concepción formal,

material y pragmática (Atienza 2015: 77); entonces éstas herramientas o concepciones, no son ajenos a la argumentación jurídica, pues el afirma: “(...) el Derecho, es en mi opinión, un claro ejemplo de empresa racional en la que las tres concepciones o dimensiones aparecen combinadas de manera que, en el razonamiento jurídico, no se puede prescindir de ninguna de ellas (...)” (2015: 97); con ello, las tres concepciones no son incompatibles entre sí, es decir, entre la argumentación general y la jurídica, sino que forman parte de ése todo.

Si nos preguntamos, de qué trata cada una de esas concepciones, diremos grosso modo que la (a) concepción formal viene a ser una serie de enunciados, proposiciones o premisas aún sin interpretar o significado, que sólo van a responder a un criterio de corrección – validez o invalidez- por las reglas de inferencia si pasaron bien o no las premisas hacia la conclusión; luego la (b) concepción material es el análisis de las mismas premisas si son verdaderas o falsas, las que pueden ser obtenidas de los hechos naturales o instituciones acreditadas, poniendo énfasis en que hechos se debe creer o no, esto va a depender de la forma en cómo se acreditan; y finalmente la (c) concepción pragmática es la actividad de persuadir al auditorio para que llegue a un acuerdo en el auditorio, de lo contrario no habrá consenso o resolución del caso (Atienza 2008: 33-34).

Por ello, podríamos culminar ésta parte exponiendo lo que Atienza explica acerca de la argumentación jurídica que: “(...) tiende a conectar la actividad argumentativa con los procesos de toma de decisión, de resolución de problemas jurídicos, y que, en cierto modo, relativiza las anteriores distinciones; de manera que podría decirse que el enfoque argumentativo del Derecho aquí propuesto consiste esencialmente en considerar los problemas del método jurídico desde su vertiente argumentativa (...) (2015: 13); con ello, entonces nos motiva a resolver los problemas del derecho con las herramientas de la argumentación.

Finalmente, respecto al **fin de estudio** podríamos afirmar que es resguardar el Estado Constitucional por la razón, ya que Atienza al decir que las sentencias al estar mejor motivadas ha contribuido mucho a utilizar de manera obligatoria a la Constitución en la práctica (2015: 16), por otro lado afirma que uno de los factores por las cuales se comienza a utilizar a la argumentación jurídica en la cultura jurídica es porque se vincula al cambio general de los sistemas jurídicos del paso del Estado legislativo al Estado constitucional, y por éste tipo de estado se refiere a que exista una (a) división de poderes, a la (b) incorporación de Derechos fundamentales positivizados y no positivizados, y finalmente que existan (c) mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes (2015: 17).

Por ello, es que Atienza afirma: “(...) El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho) (...) el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza (...)” (2015: 17); lo cual implica que el Estado Constitucional de Derecho sólo se puede dar cuando impere la razón de los argumentos y no la razón de la fuerza o los golpes de Estado, por ello es que a mayor argumentación jurídica, mayor poder del Estado Constitucional de Derecho.

3.3.13.2. El objeto, método y su finalidad

La escuela de la teoría de argumentación jurídica tiene como objeto a la jurisprudencia, sin embargo respecto al método de estudio varían las posiciones, ya que para Robert Alexy

son las reglas de la justificación interna y externa, mientras para Atienza son las concepciones formal, material y pragmática, pero podríamos afirmar que existe una gran similitud entre ambas, porque Alexy le denomina justificación interna a las reglas de deducción lógica del paso de las premisas hacia la conclusión, lo mismo que Atienza en su concepción formal.

Casi es lo mismo cuando se compara la justificación externa con la concepción material que viene a ser el análisis de las premisas sobre su verdad o falsedad, sólo que lo analizan desde distintos puntos de vista o categorizaciones, pero Atienza es quien le da un plus a conformar en su teoría a la concepción pragmática que viene a ser la persuasión al auditorio, ya que por más que sean verdaderas las premisas y tengan una correcta validez de premisas, si no convence a su auditorio, no ser pasible de ser solucionada el problema, aunque también Alexy halla mencionado con anticipación que para que se dé una verdadera argumentación, el auditorio debe tener un lenguaje en común, de lo contrario tampoco habrá solución. Entonces decimos que la finalidad es casi la misma en las herramientas que utilizan, sin embargo, no en la sistematicidad.

Respecto al fin de estudio, sí concuerdan ambos en que debe ser la protección de la Constitución por la fuerza de razón y no por otros elementos que atenten al Estado Constitucional de Derecho.

3.4. VIGENCIA DE LAS ESCUELAS JURÍDICAS

A través del análisis de las 13 supuestas escuelas jurídicas en la presente tesis, debemos primero afirmar cuáles son escuelas jurídicas y cuáles no lo son, para ello, **primero pondremos el filtro de los elementos básicos** que debe tener obligatoriamente una escuela, los cuales son: (a) sujeto que estudia, (b) objeto de estudio, (c) método de estudio, (d) fin de estudio y (e) teoría desarrollada, y podemos afirmar para éste último elemento que si existe un fin de estudio automáticamente existe una teoría desarrollada.

Por tanto, las escuelas que pasan dicho filtro son: (1) el iusnaturalismo racional y teológico, (2) iushistoricismo, (3) iuspositivismo, (4) la escuela libre del Derecho, (5) iusociologismo, (6) ius-marxismo, (7) la escuela realista escandinava, (8) la escuela realista genovesa, (9) la escuela realista estadounidense, (10) escuela egológica del Derecho, (11) la escuela de la teoría analítica del Derecho y (12) la escuela de la teoría de la argumentación jurídica; mientras las que no pasan son: la escuela anticientífica del derecho, el relativismo jurídico y el tridimensionalismo jurídico. Éstas serán denominadas supuestas escuelas jurídicas.

Para el caso de la primera y segunda escuela antes mencionadas no tienen objeto, ni método y por último ni fin de estudio, sólo tienen una primitiva teoría desarrollada; y para la tercera escuela, no se han puesto de acuerdo aún sobre los objetos de estudio, ni método, ni fin de estudio, porque a diferencia de los demás escuelas desarrolladas que tienen un cierto sentido en común o tolerancia de seguir desarrollando a su escuela, el tridimensionalismo trabaja aún de forma independiente en sus criterios y no hay comunicación entre ellas, y por lo visto hasta el momento no han existido más aportes sobre ello, por lo que existe hasta el momento sólo una primitiva teoría desarrollada, sin ánimo de seguir desarrollando y encontrar un punto en común acuerdo para evolucionar, además que no hay seguidores comprometidos. Éstas serán denominadas, escuelas jurídicas en potencia.

Ahora bien, de las 12 escuelas que han pasado el filtro de los elementos básicos, tenemos ahora que **imponer el filtro de la demarcación interna y externa**, pero para el caso del

primero, es indudable que si han pasado el filtro de los elementos básicos, es porque cuentan con seguidores e investigadores con los distintos artículos que han presentado, por lo que sólo nos queda preguntarnos: **¿De las supuestas escuelas jurídicas, cuáles se instauración como programa estatal de resolución de conflictos?**, aquí es donde la pregunta se hace más dificultosa, porque se tiene que analizar de las 12 escuelas cuántos han sido incorporados por el Estado para solucionar conflictos jurídicos, entonces para encontrar dicha respuesta se debe analizar: (a) las formas de gobierno, (b) la función jurisdiccional, y (c) la concepción de justicia que han utilizado a las escuelas jurídicas, de lo contrario las demás han quedado como programas brillantes, pero no incorporadas por el Estado, más al contrario han sido puestos como extracción de las herramientas y metodologías que proponían, a fin de que las demás escuelas las utilicen y sigan en pie.

Por lo tanto, diremos que los que pasan el filtro externo son **escuelas jurídicas progresivas**, mientras que las demás que todavía no alcanzan el estatus como tal, es necesario que existan mayores investigadores y filósofos de dichas supuestas escuelas jurídicas; por otro lado, ahora que sabemos qué supuestas escuelas jurídicas todavía no han alcanzado el estatus como tal a través del filtro de elementos básicos, a ellas podríamos denominar a partir de ahora en adelante: **escuelas jurídicas en potencia**, y no podríamos decir que ellas son escuelas jurídicas degenerativas, porque no se han instaurado como programas estatales de resolución de conflictos, sino a aquellos que escuelas jurídicas propiamente dichas, pero que han entrado en una falta de predictibilidad o de credibilidad en la solución de sus problemas jurídicos.

Las preguntas devienen entonces en: (a) ¿Qué concepción de justicia utilizan las supuestas escuelas jurídicas y escuelas jurídicas en potencia?, (b) ¿Qué forma de gobierno utilizan las supuestas escuelas jurídicas y escuelas jurídicas en potencia?, y (c) ¿Qué tipo de fuente principal del Derecho utilizan las supuestas escuelas jurídicas y escuelas jurídicas en potencia?

La respuesta a primera interrogante la respondemos en el capítulo IV, asimismo la respuesta a la pregunta de la segunda interrogante lo haremos en el capítulo V y finalmente la pregunta tres la responderemos en el capítulo VII de la presente tesis.

Por lo tanto, si respondemos a las tres preguntas antes formuladas, podremos decir que escuelas jurídicas son progresivas, cuáles son degenerativas y cuáles son aún escuelas jurídicas en potencia.

CAPÍTULO IV

CONSISTENCIA DE LAS CONCEPCIONES DE LA JUSTICIA Y LOS ENFOQUES DE LAS ESCUELAS JURÍDICAS

En el presente capítulo se pasará a realizar una consistencia entre las concepciones de la justicia con los enfoques de las escuelas jurídicas, específicamente relacionándolas con su fin de estudio, claro sin discriminar si se tratan de escuelas jurídicas progresistas o degenerativas.

4.1. EL IUSNATURALISMO Y SUS JUSTICIAS

4.1.1. Iusnaturalismo racional y su concepción deóntica

El Iusnaturalismo desde la vertiente racional ha estudiado desde siempre a los valores que tienen relación directa con la justicia, siendo éste último también un valor, por lo que para analizar éstos valores y afirmar de qué tratan se deben filosofar sobre ellos y que además se deben poner en práctica para que finalmente exista una sociedad con relaciones justas. Por ello es que su fin de estudio viene a ser realizar un sistema jurídico coherente a la esencia de las personas, a las relaciones entre las personas y los objetos, que promuevan el bien común.

Y si prima facie, estamos hablando de los valores y cualquier asociativo a la categoría de justicia, la concepción de justicia que se adecua a ésta intensión o fin es la concepción deontológica, ya que ésta viene a ser el actuar del hombre en base a su autonomía de su voluntad, la cual defiende la dignidad de la persona y los imperativos categóricos (no matar, no mentir, no robar, etc.) que surjan de ella, y caso de incumplir necesita ser sancionado de manera justa a fin de que comprenda que su actuar no solamente ha dañado a otra persona como él, sino que también se ha dañado así mismo porque está pasando de un mundo de personas con dignidad a un mundo de objetos que son tratados como medios para satisfacer sus necesidades o inclinaciones, y un estado así no debe formarse, sino que debe hacerlo a través de la dignidad de la persona.

Por lo tanto, la concepción de justicia que utiliza el Iusnaturalismo racional es la deontológica, ya que un Iusnaturalista debe guiarse por los imperativos categóricos.

4.2.1. Iusnaturalismo teológico y su concepción de justicia divina

Desde la vertiente Iusnaturalista teológica, posición de Santo Tomas de Aquino y otros teístas, se guían por una concepción de justicia divina, ya que estos Iusnaturalistas se rigen por los libros sagrados de su religión, por lo que no hay más nada que buscar, sino seguir la ley divina brindada por su profeta, Dios o deidad.

4.2. LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO Y SU CONCEPCIÓN HISTORICISTA

La escuela Histórica del Derecho ha tenido como fin de estudio el de realizar una sentencia con calidad científica y para que ello suceda se propone también realizar una verdadera legislación, que realmente los jueces elaboren una sentencia verdadera con los presupuestos de un derecho vivo, es decir, que no sea un producto elaborado por el capricho de los legisladores, sino del producto histórico jurídico de las relaciones mismas de los individuos y del cómo se han ido incorporando dichas instituciones jurídicas o en todo caso han ido evolucionado.

Entonces, al observar que la escuela historicista del derecho tiene como fin elaborar un ordenamiento jurídico a través del producto histórico de las relaciones entre individuos, la concepción historicista de la justicia comprende que los derechos se forman por las

necesidades apremiantes de la sociedad o en todo caso por los intereses gubernamentales, pues éstas están sujetas a una temporalidad y a un espacio. Por lo tanto, la concepción de justicia que utiliza la escuela histórica del derecho es la historicista.

4.3. LA ESCUELA ANTICIENTÍFICA DEL DERECHO Y SU FALTA DE CONCEPCIÓN DE JUSTICIA

La escuela anticientífica del derecho, propuesta por Von Kirchmann propone que el objeto de estudio del Derecho es un conjunto de instituciones jurídicas y de relaciones de gobierno-pueblo, la cual, al estar en una constante mutabilidad, llega a negar que ésta se convierta en ciencia por no promover leyes científicas, porque no hay seguridad en las resoluciones judiciales y sobre todo a razón de que las leyes estén sometidas o direccionadas a favor de un sector en particular. Por lo tanto, no hay método, y tampoco fin de estudio.

Ahora bien, ésta escuela **carece de una concepción de justicia**, porque al no tener un fin de estudio, implica que no tiene un norte, y al carecer de ello, tampoco tiene en claridad cuál es su concepción de justicia.

4.4. EL IUSPOSITIVISMO Y SU CONCEPCIÓN ANALÍTICA

El iuspositivismo tiene como objeto de estudio a la norma; su fin de estudio, es decir, hacia dónde debe conllevar el análisis de la norma, esto es a la regulación de conductas humanas a través del marco normativo impuesta por el legislador en concordancia a la Constitución, pero se debe aclarar que no debe ser entendida a ésta última como el cambiar la personalidad de la persona, sino la manera del cómo resolver las conductas humanas por medio de sistema jurídico predeterminado; y finalmente su método es la interpretación de la norma, una interpretación jurídica.

En la concepción analítica de la justicia existen dos propósitos exclusivos, o bien es la validez o aprobación del legislador de la norma que esté acorde a la Constitución o en todo caso es la verificación de las proposiciones jurídicas resueltas en las decisiones tomadas por los jueces, porque en caso de no ser verificables se caería en una metafísica o en un juego de palabras.

Por lo tanto, la concepción de justicia que utiliza la escuela iuspositivista es la analítica, porque los derechos son resguardados por la validez del ordenamiento jurídico.

4.5. LA ESCUELA LIBRE DEL DERECHO Y SU CONCEPCIÓN UTILITARISTA

La **escuela libre del Derecho**, cuyos representantes son Oskar von Bülow, Eugen Ehrlich, Gnaeus Flavius, Hermann Ysay, entre otros; de los mencionados representantes se puede deducir que el objeto de estudio es la jurisprudencia o en todo caso la sentencia judicial, cuyos métodos por excelencia deben ser la interpretación extensiva, restrictiva y analógica, pues cada caso es distinto al otro, y si nos preguntamos por su finalidad, se diría que es llegar a que el juez resuelva con mayor libertad los litigios que lleguen a su causa, sin que la metodología de la norma silogística impere en ella.

La concepción utilitarista mantiene como propósito el de guiarse bajo el principio de utilidad, esto es que los efectos que produzca tanto el gobernante como el gobernado sea el mayor grado de felicidad para ambos, ya que en caso contrario si se produce infelicidad a través de cualquier instrumento ya sea un sistema de gobierno, una ley, una directriz, entre otros deberá ser removido dicho instrumento para que no atente la felicidad de la nación, esto es aplicable en cualquier forma de gobierno.

Por lo tanto, la concepción que maneja la escuela libre del derecho es la concepción utilitarista ya que bajo el principio de utilidad el juez utilizará las herramientas que le sean necesarias.

4.6. EL IUSSOCIOLOGISMO Y SU CONCEPCIÓN UTILITARISTA

El iussociologismo tiene por objeto de estudio los hechos jurídicos del hombre acorde a un ordenamiento jurídico válido, pues allí se muestra el fenómeno fáctico que representa el Derecho; el método de estudio es la observación directa de la realidad, por lo que su fin de estudio será constatar la validez eficaz entre el ordenamiento jurídico y cada uno de los integrantes de un Estado, de lo contrario se debe cambiar el ordenamiento total o parcialmente.

La concepción utilitarista mantiene como propósito el de guiarse bajo el principio de utilidad, esto es que los efectos que produzca tanto el gobernante como el gobernado sea el mayor grado de felicidad para ambos, ya que en caso contrario si se produce infelicidad a través de cualquier instrumento ya sea un sistema de gobierno, una ley, una directriz, entre otros deberá ser removido dicho instrumento para que no atente la felicidad de la nación, esto es aplicable en cualquier forma de gobierno.

Por lo tanto, la concepción de justicia que utiliza el iussociologismo es la utilitarista porque las personas deben guiarse por la idea en que las instituciones jurídicas o los derechos deben producir felicidad a la población, de lo contrario deben ser derogadas o modificadas, porque no son eficaces en una nación.

4.7. EL IUSMARXISMO Y SU CONCEPCIÓN HISTORICISTA

El objeto de estudio para el iusmarxismo es el Derecho mismo, pero no entendida de forma aislada como un conjunto de normas, legislaciones, relaciones sociales, fenómeno histórico, entre otros, sino en su conjunto, comprendido como un producto elaborado científicamente por la clase proletaria y para elaborar un Derecho Social, sus métodos son el materialismo dialéctico y el materialismo histórico, cuyo fin de estudio es que el hombre vuelva y se le reconozca como hombre social que es y el productor de su evolución.

La concepción historicista de la justicia comprende que los derechos se forman por las necesidades apremiantes de la sociedad o en todo caso por los intereses gubernamentales, pues éstas están sujetas a una temporalidad y a un espacio.

Por lo tanto, la concepción de justicia que utiliza el iusmarxismo es la historicista, porque el derecho es producto de las relaciones económicas de un Estado, y al ser el hombre, específicamente el proletariado el que es la fuente de trabajo, éste debe crear también el Derecho, pero un Derecho Social acorde su naturaleza social en un tiempo y espacio justificado.

4.8. EL TRIDIMENSIONALISMO Y SUS TRES CONCEPCIONES DE JUSTICIA

Respecto a la escuela tridimensionalista del Derecho, sus representantes: Miguel Reale, Carlos Fernández Sessarego y Werner Goldschmidt no se ponen de acuerdo respecto al método, ni al fin, sin embargo, sí lo están en el objeto de estudio, porque para los tres representantes de la presente escuela son los: valores, hechos y normas.

Respecto al método, los tres difieren para analizar la interrelación entre el valor, la norma y los hechos, porque uno propone la dialéctica, otro la contemplación y otro la fenomenología, por tanto los fines también van a ser diferentes, porque mientras dos sostienen que tres los

fines de estudio, es decir: (a) uno va utilizar desde la vertiente de los hechos jurídicos, valores jurídicos y norma jurídicas para un mejor análisis del Derecho, (b) otro propone la dialéctica de los hechos sociales que finalmente se van a convertir en normas jurídicas, luego éstas van a generar valores de aceptación o rechazo por la población, por lo que éstas nuevamente vuelven a los hechos sociales y se incorporan, lo que generará una calidad de vida en el hombre; mientras sólo uno afirma que el derecho guarda solo un fin de estudio: la protección de la libertad del hombre.

Lo explicado hasta el momento se llegaría a afirmar que es aquí donde comienzan los problemas para identificar a una verdadera escuela de un movimiento, corriente o proyecto filosófico jurídico, al ser teorías contrarias entre ellas, lo que anima a mayor debate.

Por otro lado, la concepción utilitarista mantiene como propósito el de guiarse bajo el principio de utilidad, esto es que los efectos que produzca tanto el gobernante como el gobernado sea el mayor grado de felicidad para ambos, ya que en caso contrario si se produce infelicidad a través de cualquier instrumento ya sea un sistema de gobierno, una ley, una directriz, entre otros deberá ser removido dicho instrumento para que no atente la felicidad de la nación, esto es aplicable en cualquier forma de gobierno.

Mientras que la concepción historicista de la justicia comprende que los derechos se forman por las necesidades apremiantes de la sociedad o en todo caso por los intereses gubernamentales, pues éstas están sujetas a una temporalidad y a un espacio.

Y finalmente, la concepción deontológica viene a ser el actuar del hombre en base a su autonomía de su voluntad, la cual defiende la dignidad de la persona y los imperativos categóricos (no matar, no mentir, no robar, etc.) que surjan de ella, y caso de incumplir necesita ser sancionado de manera justa a fin de que comprenda que su actuar no solamente ha dañado a otra persona como él, sino que también se ha dañado así mismo porque está pasando de un mundo de personas con dignidad a un mundo de objetos que son tratados como medios para satisfacer sus necesidades o inclinaciones, y un estado así no debe formarse, sino que debe hacerlo a través de la dignidad de la persona.

Entonces, al no estar de acuerdo sobre sus fines de estudio sobre el tridimensionalismo jurídico, se deberá consignar por separado, de tal suerte que para Werner Goldschmidt cuyo fin de estudio del derecho es la utilización eficaz desde la vertiente de los hechos jurídicos, valores jurídicos y norma jurídicas para un mejor análisis del Derecho su concepción de justicia es la utilitarista, porque está basado bajo el principio de utilidad, lo que genera mayor felicidad a la población.

Cuando nos ponemos en el fin de estudio de Miguel Reale, al estar basado en un método dialectico en la que las normas jurídicas no son estáticas, sino que son cambiantes ante el rechazo de la población y asimismo los valores jurídicos influyen en éstos cambios, la concepción histórica de la justicia es la adecuada, porque es el hombre el que va a producir los cambios en su sociedad, el que va a cambiar el derecho, y el que finalmente va a cambiar los valores jurídicos.

Y finalmente para Carlos Fernández Sessarego quien guarda como fin de estudio del derecho la protección de la libertad del hombre, se adecua muy bien la concepción deontológica, porque además de ser un valor jurídico la que protege intrínsecamente, ésta viene a ser un valor imperativo en la sociedad, ya que, sin ella, el hombre deja de ser hombre.

Por lo tanto, la escuela tridimensionalista utilizará de acuerdo a cada representante o defensor de ésta escuela la concepción de justicia utilitarista, histórica o deontológica.

4.9. LA ESCUELA REALISTA DEL DERECHO Y SUS CONCEPCIONES DE JUSTICIA

La escuela realista jurídica no tiene objetos de estudio, ni métodos, ni fines iguales, muy semejante al tridimensionalismo jurídico y como han advertido los estudiosos sobre el realismo, entre el realismo jurídico escandinavo, genovés y estadounidense han tenido contacto, pero no han tenido una secuencia sistemática y evolutiva, sino que se han distinguido por sus intereses e ideologías.

Por eso, para el realismo jurídico escandinavo el objeto de estudio son los hechos jurídicos empíricos, su método es la verificación de las proposiciones jurídicas y su finalidad es la vigencia del derecho demostrada en la efectividad social, siendo además útil a las ciencias sociales; mientras que para el realismo jurídico estadounidense el objeto de estudio es la sentencia o jurisprudencia, el método que aplican está basado en las razones no jurídicas las que explican las decisiones, como factores políticos y económicos, y el fin de estudio es hacer del derecho un instrumento para la vida social encaminado a realizar fines humanos; finalmente con la escuela realista genovesa, el objeto de estudio es la norma, su método es la interpretación bajo criterios de individualización de factores económicos, sociales o tecnológicos, y el fin de estudio la defensa del constitucionalismo débil.

La concepción utilitarista mantiene como propósito el de guiarse bajo el principio de utilidad, esto es que los efectos que produzca tanto el gobernante como el gobernado sea el mayor grado de felicidad para ambos, ya que en caso contrario si se produce infelicidad a través de cualquier instrumento ya sea un sistema de gobierno, una ley, una directriz, entre otros deberá ser removido dicho instrumento para que no atente la felicidad de la nación, esto es aplicable en cualquier forma de gobierno.

En la concepción analítica de la justicia existen dos propósitos exclusivos, o bien es la validez o aprobación del legislador de la norma que esté acorde a la Constitución o en todo caso es la verificación de las proposiciones jurídicas resueltas en las decisiones tomadas por los jueces, porque en caso de no ser verificables se caería en una metafísica o en un juego de palabras.

Por lo tanto, la escuela realista escandinava y estadounidense al tener fines como mantener la vigencia del derecho demostrada en la efectividad social o hacer del derecho un instrumento social para la vida social utilizan la concepción de la justicia utilitarista, porque manejan el principio de utilidad, es decir, el que brinde mayor felicidad a la nación, el brinde mayor provecho.

Mientras que la escuela genovesa al tener como fin defender el constitucionalismo débil, es decir, la defensa de los derechos humanos, pero sólo si están positivizados, ya que nada fuera del ordenamiento puede ser aceptado, entonces, ésta escuela utiliza la concepción de la justicia analítica, porque acepta que los derechos sólo pueden ser resguardados por la validez del ordenamiento jurídico.

4.10. LA ESCUELA RELATIVISTA Y SU CONCEPCIÓN HISTÓRICA

La escuela relativista del derecho, admite que el objeto de estudio es la justicia, pero a diferencia del iusnaturalismo que trata de buscar la verdad de ella, el relativismo aplica un método de sentimientos anti-cognocitivistas, es decir, que reduzcan a la justicia a una mera

formula, sino que debe comprenderse como un bagaje de cultura, para que el fin de su estudio no sea la manipulación de la justicia vertida en intereses personales o contextuales de un determinado tiempo y lugar, que a través de fórmulas o métodos cognitivistas tratan de justificar sus acciones.

La concepción historicista de la justicia comprende que los derechos se forman por las necesidades apremiantes de la sociedad o en todo caso por los intereses gubernamentales, pues éstas están sujetas a una temporalidad y a un espacio.

Por lo tanto, la concepción de justicia que utiliza el relativismo jurídico es la histórica, porque al ser la justicia un conjunto de bagajes culturales, la justicia ha cambiado de acuerdo a la ideología de un gobierno, grupo de personas, cultura, etc., de esa manera la justicia varía en un estadio de tiempo y espacio, la justicia no es absoluta.

4.11. LA ESCUELA EGOLÓGICA DEL DERECHO Y SU CONCEPCIÓN HISTÓRICA

La escuela egológica del Derecho fue fundada por Carlos Cossio, propone que el objeto de estudio sea la conducta coexistencial, luego como método de estudio es la interpretación jurídica de la conducta humana, la cual siempre debe partir analizando la percepción, justificación y proyección de la misma para luego recién el jurista sentencie acorde a las normas producidas por la misma conducta coexistencial; y esto es con el fin de que esa conducta sentenciada retorne nuevamente a la conducta coexistencial, caso contrario se estaría manipulando el proyecto coexistencial de la humanidad.

La concepción historicista de la justicia comprende que los derechos se forman por las necesidades apremiantes de la sociedad o en todo caso por los intereses gubernamentales, pues éstas están sujetas a una temporalidad y a un espacio.

Por lo tanto, la concepción de justicia que utiliza la escuela egológica del Derecho es la histórica, porque al tener como objeto de estudio la conducta coexistencial y el fin de su estudio es que permanezca la conducta coexistencial, es decir, la existencia de las relaciones básicas del hombre por el hombre, es decir, su propia esencia, y no bajo manipulaciones, se afirma entonces que el hombre es productor de sus propios derechos de acuerdo a sus necesidades apremiantes.

4.12. LA ESCUELA ANALÍTICA DEL DERECHO Y SU CONCEPCIÓN ANALÍTICA

La escuela analítica del derecho tiene como fin de estudio es realizar un sistema normativo de gran precisión y exactitud a fin de hacer del razonamiento jurídico sólido y seguro, es decir, que los razonamientos de los operadores jurídicos sean más exactos y pasibles de encontrar su verdad o falsedad lógica y que además sus proposiciones de su discurso jurídico sean verificadas.

En la concepción analítica de la justicia existen dos propósitos exclusivos, o bien es la validez o aprobación del legislador de la norma que esté acorde a la Constitución o en todo caso es la verificación de las proposiciones jurídicas resueltas en las decisiones tomadas por los jueces, porque en caso de no ser verificables se caería en una metafísica o en un juego de palabras.

Por lo tanto, la concepción de justicia que utiliza la escuela analítica del derecho es la analítica, porque muy aparte de realizar un sistema jurídico de gran precisión tiene el propósito de que las proposiciones normativas de un discurso jurídico sean verificadas, de

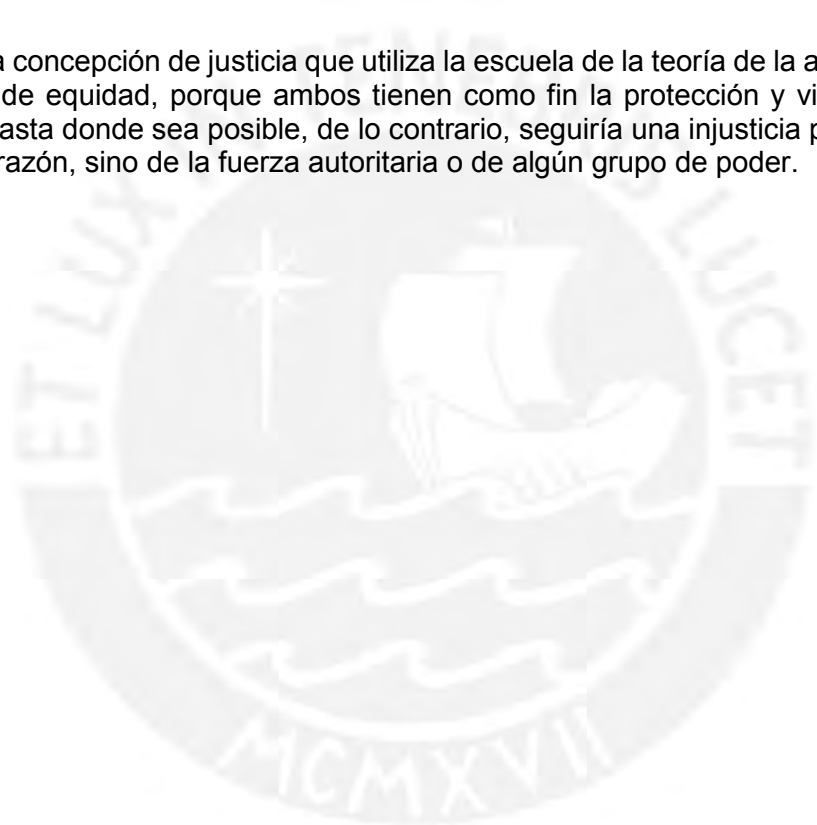
lo contrario se hablaría de metafísica o que incumpla la teoría de la verdad de la correspondencia de Tarski.

4.13. LA ESCUELA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y SU CONCEPCIÓN DE EQUIDAD

La escuela de la teoría de la argumentación jurídica tiene como fin de estudio a la protección de la Constitución por la fuerza de razón y no por otros elementos que atenten al Estado Constitucional de Derecho.

La concepción de justicia como equidad es llegar a un consenso traslapado, pero como ello es imposible o una utopía, es necesario reforzar hasta donde sea posible el Estado Constitucional o consenso constitucional por medio de una cooperación social ayudados por el velo de la ignorancia, es decir, a través de principios que ayuden prima facie a la ciudadanía.

Por lo tanto, la concepción de justicia que utiliza la escuela de la teoría de la argumentación jurídica es la de equidad, porque ambos tienen como fin la protección y vivacidad de la constitución hasta donde sea posible, de lo contrario, seguiría una injusticia porque no hay imperio de la razón, sino de la fuerza autoritaria o de algún grupo de poder.



CAPÍTULO V FORMAS DE GOBIERNO Y SUS ESCUELAS JURÍDICAS

5.1. FORMAS DE GOBIERNO

5.1.1. Gobierno anarquista

La etimología de anarquía proviene de dos voces: *an* y *arjé*, que significa ausencia de autoridad; pero ésta palabra conserva dos comprensiones totalmente antagónicas, ya que el hecho de que se explique por la misma palabra ausencia de autoridad conlleva a su significado más peyorativo porque se ha mencionado que el hombre es incapaz de gobernarse a sí mismo siendo su naturaleza de desordenado, caótico, desorganizado, etc. (Guérin 1992: 39).

Por otro lado, la comprensión adecuada para estudiar el gobierno anárquico es a través de la que Proudhon reitera, es todo lo contrario al desorden, porque el hombre y la sociedad al estar sin una forma de gobierno autoritario se llega al orden natural y a restaurar la armonía social, entonces para el no iniciado, la palabra anarquía implicaba una idea negativa relacionado al caos (citado en Guérin 1992: 40).

De tal suerte, que con el tiempo en vez de utilizar la palabra anarquía preferían utilizar conceptos como mutualismo, colectivismo, comunismo, liberales o socialistas, conllevando a una serie de indefiniciones y discusiones sobre su etimología, pero todos siempre se enfocaban a una sola idea: que el hombre rechace en su totalidad al Estado y sus categorías y formaciones de ésta, porque cualquier forma de gobierno que provenga del capitalismo, marxismo u otra es tirano (Guérin 1992: 40-42).

Para Stiner por ejemplo el Estado sólo tiene un solo objetivo, la de limitar, atar y subordinar al individuo para vigilarlo y quitarle su libertad y diferentes tipos de censura a fin de su conservación personal; por lo que agrega Proudhon que cualquier forma de gobierno del hombre siempre hará esclavo al hombre; asimismo Beaumarchais afirma que ser gobernado implica ser adoctrinado, supervisado, encasillado por seres que carecen de títulos y justificación para ello (Guérin 1992: 43); de tal suerte que anarquía es no someterse a ningún tipo de gobierno en la que el hombre no sea libre en sentido estricto, tal es así que incluso el marxismo también pretende lo mismo, es decir, ir de arriba hacia abajo, adoctrinar desde una forma de pensar lo que en simples palabras los convierte en: socialistas autoritarios (Guérin 1992: 50), entonces la idea es ir de abajo hacia arriba, esperar que la misma sociedad haga la revolución sin adoctrinamientos.

Por lo tanto, un gobierno anárquico es la destrucción del estado y sus categorías impuestas por ésta, para que el hombre sea libre en sentido estricto y pueda decidir el mejor futuro para él y su sociedad.

5.1.2. Gobierno teocrático

La forma de gobierno teocrática es la más antigua, porque al tener la creencia de un poder superior al del hombre, dicho pueblo se guio por los textos sagrados de su cultura o en todo caso por lo que exponían sus profetas, pero al fin y al cabo lo hacían porque dichas reglas, principios o leyes no eran producto del hombre, sino que era por inspiración divina.

Entonces al ser las leyes producto de inspiración divina, es decir, de un Dios, los hombres se debían regir por esas leyes, las cuales debían crear un Estado bajo el sometimiento de ellas, colocando en muchos casos a un sacerdote para pueda consultar con su Dios y vea la mejor forma de dirigir a su Estado, o simplemente en otros casos se ha puesto en la

cabeza del gobierno a un monarca, pero limitado por las leyes divinas del libro sagrado de su cultura.

Por lo tanto, el gobierno teocrático se caracteriza por estar sometido a leyes divinas de sus libros sagrados, cuya ley del hombre no tiene valor.

5.1.3. Gobierno dictatorial

Comúnmente se suele decir gobierno dictatorial como un gobierno absoluto, exclusivo, personal y jurídicamente reprobable, sin embargo, esto no debe ser tomado así, pues históricamente, dictadura es un cargo totalmente legítimo de magistratura romana, en la que se le otorgaban poderes extraordinarios dentro del Estado romano por un periodo de tiempo y limitado por la constitución para apaciguar las rebeliones internas (Bobbio 1987: 182-183).

En cambio, la tiranía monocrática el soberano tiene poderes extraordinarios pero que no son legítimos y no necesariamente es temporal, en cambio el despotismo es legítimo, pero no es temporal, de tal suerte que la dictadura no es mala en sí misma, sino que lo cuando al haber sido elegido legítimamente y temporalmente, una vez haya cumplido su objetivo no devuelve el poder y se hace del poder en forma perpetua (Bobbio 1987: 184).

Existen dos tipos de dictadura, (a) el dictador comisario, éste se caracteriza por estar limitado por la constitución, es decir, no puede modificar leyes que ha resuelto el poder legislativo, al contrario, está a favor de la defensa de la constitución; mientras que (b) el dictador soberano puede crear nuevas leyes, aún estén en contra de la constitución, incluso puede modificar la constitución (Bobbio 1987: 187).

Por lo tanto, un gobierno dictatorial se caracteriza cuando el dictador es elegido de manera legítima y temporal para un determinado fin útil para el Estado, éste dictador tiene todas las facultades o los poderes estatales, que dependiendo del tipo de dictador que lo nombren podrá extender sus facultades a la constitución o no; y será un gobierno tirano o desposta cuando el dictador no quiera entregar los poderes al senado y se haga de dicho poder en forma perpetua para sus fines.

5.1.4. Gobierno monárquico

La monarquía es una de las formas de gobierno más antigua que lo han analizado distintos filósofos, Aristóteles es quien en su obra la *Política* estructura de manera muy didáctica y atemporal las formas de gobierno y que muchos de los autores sólo le han dado ciertos matices reformadoras, pero la idea central siempre permanece: dichas estructuras son la Monarquía, la Aristocracia y la Politeia.

Por ahora nos enfocaremos en la Monarquía, para Aristóteles ésta forma de gobierno viene a ser el poder que es ejercido por una sola persona dirigida hacia el interés general (citado en Bobbio 1987: 34), asimismo el gobernante crea y elimina cargos, también designa y destituye con discrecionalidad a sus altos funcionarios y dependiendo al estilo o tipo de monarquía el gobernante puede o sujetarse a las leyes o resoluciones emitidas de una institución pública (Zippelius 1985: 168).

De acuerdo a Zippelius existen dos tipos de monarquías, (a) la monarquía absoluta que es caracterizada porque el Rey o soberano gobernante es la última instancia sobre la toma de decisiones ya sea sobre el Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial, por lo que sólo está limitado a los estamentos éticos o morales que pudiera tener el soberano (1985: 168).

(b) La monarquía constitucional, ésta se determina porque el Rey está limitado por la Constitución, pero que en dicha Constitución se plasmaba los límites que *prima facie* se los limitaría a sí mismo durante el periodo de su gestión (Zippelius 1985: 169).

Por otro lado, la degeneración de la monarquía es la tiranía, la cual viene a ser según Aristóteles la orientación del gobierno en atención al monarca y no al pueblo o provecho del pueblo, es un gobierno sin el consentimiento popular (citado en Bobbio 1987: 34-35), por lo que el criterio que utiliza el filósofo para distinguir un buen gobierno del malo no lo hace por medio de los criterios antagónicos del consenso y la fuerza, o el de la legalidad e ilegalidad, sino que lo hace mediante **el interés común y el individual** (citado en Bobbio 1987: 37).

Por lo tanto, la monarquía (sea absoluta o constitucional) se caracteriza como tal si el rey (soberano) gobierna acorde a los intereses y necesidades de su pueblo, más no lo será cuando su poder lo ejerce para beneficio propio.

5.1.5. Gobierno aristocrático

Como ya se había explicado líneas arriba sobre la clasificación que Aristóteles nos la alcanzó, una segunda forma de gobierno es la Aristocracia que es el gobierno de unos pocos o el de la mayoría cuyo poder lo ejercen al interés general, éste gobierno implica el gobierno de los mejores, los más inteligentes, los más nobles (citado en Bobbio 1987: 34).

La forma degenerativa de la Aristocracia es la Oligarquía, de acuerdo a Mosca, Pareto y Michels explican que la oligarquía es inevitable cuando se presenta la Aristocracia en un primer momento, esto es porque las personas al estar en una imposibilidad de gobernarse a sí mismos se propone que el poder de una minoría se encargue de dirigir las decisiones del pueblo, aun cuando el descontento sea total por el pueblo, soportando con paciencia la dominación de dicho grupo; ocasionando que un pequeño grupo de poder derroque a ése grupo minoritario o en todo caso que se trasmitan la batuta de poder los que están en poder para no perderla a futuro (citado en Zippelius 1985: 173); de esa manera, para los autores antes mencionados, la Aristocracia en sentido estricto no existe, sino intereses de un pequeño sector.

Sin embargo, Aristóteles al igual que en la Monarquía, el criterio que utiliza para diferenciar el buen y mal gobierno es a través del **interés** que tengan las minorías dominantes ya sea para beneficio o perjuicio para el pueblo (citado en Bobbio 1987: 37).

Por lo tanto, una Aristocracia si es posible siempre en cuando ése pequeño grupo de personas elegidas por el pueblo vuelque el poder que tiene a beneficio de su pueblo y no a sus intereses personales.

5.1.6. Gobierno de Politeia

La politeia es la tercera forma de gobierno que estudia Aristóteles, ésta se caracteriza por ser el gobierno de muchas personas o de la mayoría del pueblo proponiendo las decisiones siempre al interés general del pueblo; sin embargo, cuando el interés de las decisiones está basado sólo en favorecer a los pobres se denominará gobierno democrático (citado en Bobbio 1987: 34).

Ahora bien, en la actualidad no es peyorativo afirmar gobierno democrático, esto se debe a que según el análisis que realiza Norberto Bobbio sobre la mejor y peor forma de gobierno de acuerdo a la clasificación aristotélica, la democracia viene a ser el menor mal de los

gobiernos degenerados, y la politeia es la peor dentro de las mejores formas de gobierno, de allí que no se distingue bien uno del otro (1987: 37).

Por otro lado existen dos tipos de democracia: (a) democracia directa y (b) democracia representativa, la primera consiste en que el pueblo de forma directa, sin representantes toma las decisiones para su bienestar, esto se daba por ejemplo en las tribus germanas o de las ciudades-estado de Grecia, mientras que la segunda como su propio nombre lo afirma, está basado en la decisiones que se lo delegan a sus representantes y que éstos son elegidos por el mismo pueblo, sólo algunos asuntos, es decir, los más importantes, lo dejan al consenso total del pueblo con un voto directo (Zippelius 1985: 184-185).

Por lo tanto, la politeia que es el gobierno de todos o de la mayoría será denominada como tal si las decisiones están basadas para los intereses del pueblo y no sólo para los intereses de los pobres.

5.1.7. Gobierno republicano

La forma de gobierno republicano surge en Roma, por lo que Cicerón lo conceptúa como un pueblo altamente organizado, pero Maquiavelo la entiende por lo que no es: monarquía y según Rousseau la define como un Estado gobernado por leyes independientemente cual fuera su forma de administración, porque sólo el interés público es que gobierna (Rodríguez 2005: 277).

República proviene de dos palabras en latín res que es cosa y publica que es pública, es decir, la cosa pública, por lo que en forma teórica República y Democracia (Politeia) son dos conceptos idénticos, pudiéndose dar por ejemplo una república con varios partidos políticos o uno solo, asimismo la jefatura la obtiene el presidente elegido democráticamente (Hernández 2004: 6).

Por lo tanto, la República es una forma de gobierno semejante a la Politeia, sólo que puede tener distintas formas de administración en la jefatura, pero no la puede hacer el monarca, de tal suerte que se degenera al igual que la Politeia cuando sólo se vela por los intereses de los pobres o cuando se convierte en una Monarquía.

5.1.8. Gobierno comunista

Norberto Bobbio nos explica que dentro de la literatura marxista parece no interesarse por las formas de gobierno por las que debe regirse, más al contrario hace una extensa crítica a las formas de gobierno planteadas por la burguesía, de tal suerte que saber qué forma de gobierno es la correcta o la ideal para el marxismo se debe deducir de sus innumerables obras (1987: 168).

Para Marx, el Estado no viene a ser el reflejo de las contradicciones entre la clase dominada y dominante canalizando que dos son los factores que configuran una forma negativa de Estado (por ende la forma de gobierno también): (a) El estado como superestructura que fue compuesta por los factores económicos y relaciones sociales, y (b) El Estado es un instrumento elaborado por la clase dominante cuyo fin no es noble, sino mantener el dominio perpetuo para fines propios en la que solamente se trasladan el poder entre una élite (citado en Bobbio 1987: 169).

De tal manera que, sólo hay una forma en la que puede extinguirse el traslado de poder corrupto entre los dirigentes, esto es cuando existe la “dictadura del proletario”, la cual explica Marx en su carta a Joseph Weydemeyer que: (1) las clases van unidas

históricamente a sus modos de producción, (2) la lucha de clases permite la dictadura del proletariado, y (3) la abolición de todas las clases para una sociedad sin clases (citado en Bobbio 1987: 173-174).

Entonces para llegar al Estado Comunista según, se debe determinar que las relaciones de producción en forma histórica han observado la forma de gobierno y Estado, por lo que estaría obligado a transitar de la siguiente manera: (1) sociedad esclavista, (2) sociedad feudal, (3) sociedad capitalista y finalmente el (4) sociedad comunista (citado en Bobbio 1987: 175).

Por lo tanto, una sociedad comunista viene a ser la dominación organizada del proletariado, ya que las relaciones de producción y la fuerza de trabajo serán por ellos y para ellos, y cualquier otra forma de gobierno es corrupta porque el pueblo no será el soberano, ni quien toma las decisiones.

5.1.9. Gobierno de Estado Constitucional

El Estado Constitucional de acuerdo a Manuel Atienza se va a caracterizar por tres factores: (a) la distribución formal entre los poderes del Estado, (b) la incorporación de Derechos Fundamentales que limiten la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho, y (c) mecanismo de control que aseguren las constitucionalidad de las leyes (2015: 17), caso contrario estamos hablando el gobierno del poder legislativo; sobre éste punto se puede apreciar con mayor detalle en el capítulo V, en el apartado 5.2.4.

Por lo tanto, la forma de gobierno constitucional es la protección de la constitución que contiene derechos fundamentales y que al mismo tiempo tiene garantías constitucionales, deja de serlo cuando se remueve la constitución sin fundamento o cuando las leyes están por encima de la constitución.

5.2. LAS FORMAS DE GOBIERNO Y SUS CONCEPCIONES DE JUSTICIA

5.2.1. Gobierno anarquista y su concepción de justicia histórica

Un gobierno anárquico promueve la destrucción del estado y sus categorías impuestas por ésta, para que el hombre sea libre en sentido estricto y pueda decidir el mejor futuro para él y su sociedad.

El propósito de la concepción histórica de la justicia entiende que los Derechos no se forman por el Legislador, el Congreso, las Convenciones Internacionales de forma arbitraria o por el capricho de un sector de personas y mucho menos que provengan de la naturaleza (posición iusnaturalista) que guardan características invariables, innatas, atemporales entre otros; sino que **se forman por las necesidades apremiantes de la sociedad o en todo caso a los intereses gubernamentales, pues éstas están sujetas a una temporalidad y a un espacio, la cual el hombre debe darse cuenta a fin de formar una justicia acorde a su verdadero interés**, por lo que si antes existió la esclavitud permitido y legalizado en la Roma Antigua, en la actualidad, la esclavitud está proscrita, y pueda que a un futuro vuelva a permitirse la esclavitud.

Por lo tanto, la concepción de justicia que utiliza el gobierno anárquico es la histórica, porque el hombre al buscar su verdadero interés de justicia como el de ser libre en sentido estricto, va en busca de la destrucción del estado y cualquier forma de gobierno, pudiendo decidir el mejor futuro para él y su sociedad.

5.2.2. Gobierno teocrático y su concepción de justicia divina

El gobierno teocrático se caracteriza por estar sometido a leyes divinas de sus libros sagrados, cuya ley del hombre no tiene valor.

El propósito de la justicia divina es seguir en lo que más pueda y respetar sus libros sagrados brindados por su Dios o deidad.

Por lo tanto, la concepción de justicia que utiliza el gobierno teocrático es la divina, porque el hombre y su sociedad utilizarán como reglas y mandamientos que están plasmados en sus libros sagrados a fin de gobernarse.

5.2.3. Gobierno dictatorial y su concepción de justicia utilitarista

Un gobierno dictatorial se caracteriza cuando el dictador es elegido de manera legítima y temporal para un determinado fin útil para el Estado, éste dictador tiene todas las facultades o los poderes estatales, que dependiendo del tipo de dictador que lo nombren podrá extender sus facultades a la constitución o no; y será un gobierno tirano o desposta cuando el dictador no quiera entregar los poderes al senado y se haga de dicho poder en forma perpetua para sus fines.

El propósito de la concepción utilitarista es guiarse bajo el principio de utilidad, esto es que los efectos que produzca tanto el gobernante como el gobernado sea el mayor grado de felicidad para ambos, ya que en caso contrario si se produce infelicidad a través de cualquier instrumento ya sea un sistema de gobierno, una ley, una directriz, entre otros deberá ser removido dicho instrumento para que no atente la felicidad de la nación, esto es aplicable en cualquier forma de gobierno.

Por lo tanto, la concepción de justicia que utiliza el gobierno dictatorial es la utilitarista, porque el dictador que es elegido legítimamente con determinado fin útil para el Estado se va a guiar por el principio de utilidad que beneficiará al máximo a su sociedad.

5.2.4. Gobierno monárquico y su concepción de justicia utilitarista

La monarquía (sea absoluta o constitucional) se caracteriza como tal si el rey (soberano) gobierna acorde a los intereses y necesidades de su pueblo, más no lo será cuando su poder lo ejerce para beneficio propio.

El propósito de la concepción utilitarista es guiarse bajo el principio de utilidad, esto es que los efectos que produzca tanto el gobernante como el gobernado sea el mayor grado de felicidad para ambos, ya que en caso contrario si se produce infelicidad a través de cualquier instrumento ya sea un sistema de gobierno, una ley, una directriz, entre otros deberá ser removido dicho instrumento para que no atente la felicidad de la nación, esto es aplicable en cualquier forma de gobierno.

Por lo tanto, la concepción de justicia que utiliza el gobierno monárquico es la utilitarista, porque el rey elegido por el pueblo o por descendencia se guiará por el principio de utilidad para beneficiar los intereses de su pueblo, caso contrario será infeliz.

5.2.5. Gobierno aristocrático y su concepción de justicia utilitarista

Una Aristocracia es posible cuando un pequeño grupo de personas elegidas por el pueblo vuelque el poder que tiene a beneficio de su pueblo y no a sus intereses personales.

El propósito de la concepción utilitarista es guiarse bajo el principio de utilidad, esto es que los efectos que produzca tanto el gobernante como el gobernado sea el mayor grado de felicidad para ambos, ya que en caso contrario si se produce infelicidad a través de cualquier instrumento ya sea un sistema de gobierno, una ley, una directriz, entre otros deberá ser removido dicho instrumento para que no atente la felicidad de la nación, esto es aplicable en cualquier forma de gobierno.

Por lo tanto, la concepción de justicia que utiliza el gobierno aristocrático es la utilitarista, porque el pequeño grupo de personas que son elegidas por el pueblo se guiarán por el principio de utilidad a fin de brindar las mejores decisiones a favor de su pueblo, de lo contrario su pueblo será infeliz.

5.2.6. Gobierno de Politeia y su concepción de justicia utilitarista

La politeia es el gobierno de todos o de la mayoría, será denominada como tal si las decisiones están basadas para los intereses del pueblo y no sólo para los intereses de los pobres.

El propósito de la concepción utilitarista es guiarse bajo el principio de utilidad, esto es que los efectos que produzca tanto el gobernante como el gobernado sea el mayor grado de felicidad para ambos, ya que en caso contrario si se produce infelicidad a través de cualquier instrumento ya sea un sistema de gobierno, una ley, una directriz, entre otros deberá ser removido dicho instrumento para que no atente la felicidad de la nación, esto es aplicable en cualquier forma de gobierno.

Por lo tanto, la concepción de justicia que utiliza el gobierno de la politeia (denominada actualmente en su sentido positivo Democracia) es la utilitarista, porque el pueblo bajo representación directa o indirecta se guiará bajo el principio de utilidad a fin de favorecer a toda la población, caso contrario el pueblo será infeliz y habrá revueltas.

5.2.7. Gobierno republicano y su concepción de justicia utilitarista

La República es una forma de gobierno semejante a la Politeia, sólo que puede tener distintas formas de administración en la jefatura, pero no la puede hacer el monarca, de tal suerte que se degenera al igual que la Politeia cuando sólo se vela por los intereses de los pobres o cuando se convierte en una Monarquía.

El propósito de la concepción utilitarista es guiarse bajo el principio de utilidad, esto es que los efectos que produzca tanto el gobernante como el gobernado sea el mayor grado de felicidad para ambos, ya que en caso contrario si se produce infelicidad a través de cualquier instrumento ya sea un sistema de gobierno, una ley, una directriz, entre otros deberá ser removido dicho instrumento para que no atente la felicidad de la nación, esto es aplicable en cualquier forma de gobierno.

Por lo tanto, la concepción de justicia que utiliza el gobierno Republicano (denominada actualmente como un tipo democracia-en su sentido positivo-) es la utilitarista, porque el pueblo bajo representación del Senado o Congreso se guiará bajo el principio de utilidad a fin de favorecer a toda la población, caso contrario el pueblo será infeliz y habrá revueltas.

5.2.8. Gobierno comunista y su concepción de justicia histórica

Una sociedad comunista viene a ser la dominación organizada del proletariado, ya que las relaciones de producción y la fuerza de trabajo serán por ellos y para ellos, y cualquier otra

forma de gobierno es corrupta porque el pueblo no será el soberano, ni quien toma las decisiones.

El propósito de la concepción histórica de la justicia entiende que los Derechos no se forman por el Legislador, el Congreso, las Convenciones Internacionales de forma arbitraria o por el capricho de un sector de personas y mucho menos que provengan de la naturaleza (posición iusnaturalista) que guardan características invariables, innatas, atemporales entre otros; sino que **se forman por las necesidades apremiantes de la sociedad o en todo caso a los intereses gubernamentales, pues éstas están sujetas a una temporalidad y a un espacio, la cual el hombre debe darse cuenta a fin de formar una justicia acorde a su verdadero interés**, por lo que si antes existió la esclavitud permitido y legalizado en la Roma Antigua, en la actualidad, la esclavitud está proscrita, y pueda que a un futuro vuelva a permitirse la esclavitud.

Por lo tanto, la concepción de justicia que utiliza el gobierno comunista es la histórica, porque al ser el hombre el creador de sus relaciones de producción, es también creador de su superestructura entonces quien debe tomar las decisiones sobre lo mejor para él y su sociedad es el mismo pueblo, pero bajo el gobierno del proletariado.

5.2.9. Gobierno de Estado Constitucional y su concepción de justicia equitativa

La forma de gobierno constitucional es la protección de la constitución que contiene derechos fundamentales y que al mismo tiempo tiene garantías constitucionales, deja de serlo cuando se remueve la constitución sin fundamento o cuando las leyes están por encima de la constitución.

El propósito de la justicia como equidad será llegar a un consenso traslapado, pero como ello es imposible o una utopía, es necesario reforzar hasta donde sea posible el Estado Constitucional o consenso constitucional por medio de una cooperación social ayudados por el velo de la ignorancia, es decir, a través de principios que ayuden prima facie a la ciudadanía.

Por lo tanto, la concepción de justicia que utiliza el gobierno del Estado Constitucional es el de la equidad, porque los gobernantes se someterán a la Constitución realizada por los intereses del pueblo, y dicha constitución fue creada por medio de la cooperación social, cuyos principios van a ayudar a la ciudadanía, tomando en cuenta que van a existir derechos fundamentales que no serán sometidos al voto, porque son de interés supremo a la persona.

5.3. LAS FORMAS DE GOBIERNO Y SUS ESCUELAS JURÍDICAS

5.3.1. Gobierno anarquista y su falta de escuela jurídica

La concepción de justicia que utiliza el gobierno anárquico es la histórica, porque el hombre al buscar su verdadero interés de justicia como el de ser libre en sentido estricto, va en busca de la destrucción del estado y cualquier forma de gobierno, pudiendo decidir el mejor futuro para él y su sociedad.

Ninguna escuela jurídica puede ser guiado bajo el anarquismo, ya que el Derecho siempre será un medio para guiar a un determinado gobierno, y aunque el hombre trate de buscar su verdadera libertad, siempre tendrá que existir una coacción lo que el anarquismo rechaza categóricamente, es decir, el adoctrinamiento por personas que carecen de títulos y que también están en la misma condición que ellos.

Por lo tanto, el gobierno anárquico no tiene una escuela jurídica en sentido estricto.

5.3.2. Gobierno teocrático y su escuela iusnaturalista teológica

La concepción de justicia que utiliza el gobierno teocrático es la divina, porque el hombre y su sociedad utilizarán como reglas y mandamientos que están plasmados en sus libros sagrados a fin de gobernarse.

Desde la vertiente de la escuela iusnaturalista teológica, posición de Santo Tomas de Aquino y otros teístas, se guían por una concepción de justicia divina, ya que estos iusnaturalistas se rigen por los libros sagrados de su religión, por lo que no hay más nada que buscar, sino seguir la ley divina brindada por su profeta, Dios o deidad.

Por lo tanto, la escuela jurídica que utiliza el gobierno teocrático es el iusnaturalismo teológico, porque el fin de estudio de la escuela iusnaturalista teológica es seguir las leyes divinas de sus libros sagrados, lo mismo que el gobierno teocrático, busca seguir el gobierno de sus libros sagrados, fuera de ello, no hay Derecho, ni gobierno.

5.3.3. Gobierno dictatorial y sus escuelas jurídicas

La concepción de justicia que utiliza el gobierno dictatorial es la utilitarista, porque el dictador que es elegido legítimamente con determinado fin útil para el Estado se va a guiar por el principio de utilidad que beneficiará al máximo a su sociedad.

La concepción que maneja la escuela libre del derecho es la concepción utilitarista ya que bajo el principio de utilidad el juez utilizará las herramientas que le sean necesarias.

La concepción de justicia que utiliza el iussociologismo es la utilitarista porque las personas deben guiarse por la idea en que las instituciones jurídicas o los derechos deben producir felicidad a la población, de lo contrario deben ser derogadas o modificadas, porque no son eficaces en una nación.

El tridimensionalismo de Werner Goldschmidt cuyo fin de estudio del derecho es la utilización eficaz desde la vertiente de los hechos jurídicos, valores jurídicos y norma jurídicas para un mejor análisis del Derecho, su concepción de justicia es la utilitarista, porque está basado bajo el principio de utilidad, lo que genera mayor felicidad a la población.

La escuela realista escandinava y estadounidense al tener fines como mantener la vigencia del derecho demostrada en la efectividad social o hacer del derecho un instrumento social para la vida social utilizan la concepción de la justicia utilitarista, porque manejan el principio de utilidad, es decir, el que brinde mayor felicidad a la nación, el brinde mayor provecho.

Por lo tanto, las escuelas jurídicas de la escuela libre del Derecho, el iussociologismo, el tridimensionalismo de Werner Goldschmidt, la escuela realista escandinava como la estadounidense al utilizar las concepciones de justicia utilitarista pueden ser manejadas por un gobierno dictatorial, porque éste también utiliza la concepción de justicia utilitarista.

5.3.4. Gobierno monárquico y sus escuelas jurídicas

La concepción de justicia que utiliza el gobierno monárquico es la utilitarista, porque el rey elegido por el pueblo o por descendencia se guiará por el principio de utilidad para beneficiar los intereses de su pueblo, caso contrario será infeliz.

Las escuelas jurídicas de la escuela libre del Derecho, el iussociologismo, el tridimensionalismo de Werner Goldschmidt, la escuela realista escandinava como la estadounidense al utilizar las concepciones de justicia utilitarista pueden ser manejadas por un gobierno monárquico, porque éste también utiliza la concepción de justicia utilitarista.

5.3.5. Gobierno aristocrático y sus escuelas jurídicas

La concepción de justicia que utiliza el gobierno aristocrático es la utilitarista, porque el pequeño grupo de personas que son elegidas por el pueblo se guiarán por el principio de utilidad a fin de brindar las mejores decisiones a favor de su pueblo, de lo contrario su pueblo será infeliz.

Las escuelas jurídicas de la escuela libre del Derecho, el iussociologismo, el tridimensionalismo de Werner Goldschmidt, la escuela realista escandinava como la estadounidense al utilizar las concepciones de justicia utilitarista pueden ser manejadas por un gobierno aristocrático, porque éste también utiliza la concepción de justicia utilitarista.

5.3.6. Gobierno de Politeia y sus escuelas jurídicas

La concepción de justicia que utiliza el gobierno de la politeia (denominada actualmente en su sentido positivo Democracia) es la utilitarista, porque el pueblo bajo representación directa o indirecta se guiará bajo el principio de utilidad a fin de favorecer a toda la población, caso contrario el pueblo será infeliz y habrá revueltas.

Las escuelas jurídicas de la escuela libre del Derecho, el iussociologismo, el tridimensionalismo de Werner Goldschmidt, la escuela realista escandinava como la estadounidense al utilizar las concepciones de justicia utilitarista pueden ser manejadas por un gobierno de politeia, porque éste también utiliza la concepción de justicia utilitarista.

5.3.7. Gobierno republicano y sus escuelas jurídicas

La concepción de justicia que utiliza el gobierno Republicano (denominada actualmente como un tipo democracia-en su sentido positivo-) es la utilitarista, porque el pueblo bajo representación del Senado o Congreso se guiará bajo el principio de utilidad a fin de favorecer a toda la población, caso contrario el pueblo será infeliz y habrá revueltas.

Las escuelas jurídicas de la escuela libre del Derecho, el iussociologismo, el tridimensionalismo de Werner Goldschmidt, la escuela realista escandinava como la estadounidense al utilizar las concepciones de justicia utilitarista pueden ser manejadas por un gobierno republicano, porque éste también utiliza la concepción de justicia utilitarista.

5.3.8. Gobierno comunista y su escuela ius-marxista

La concepción de justicia que utiliza el gobierno comunista es la histórica, porque al ser el hombre el creador de sus relaciones de producción, es también creador de su superestructura entonces quien debe tomar las decisiones sobre lo mejor para él y su sociedad es el mismo pueblo, pero bajo el gobierno del proletariado.

La escuela historicista del derecho tiene como fin elaborar un ordenamiento jurídico a través del producto histórico de las relaciones entre individuos, la concepción historicista de la justicia comprende que los derechos se forman por las necesidades apremiantes de la sociedad o en todo caso por los intereses gubernamentales, pues éstas están sujetas a una temporalidad y a un espacio. Por lo tanto, la concepción de justicia que utiliza la escuela histórica del derecho es la historicista.

La concepción de justicia que utiliza el iusmarxismo es la historicista, porque el derecho es producto de las relaciones económicas de un Estado, y al ser el hombre, específicamente el proletariado el que es la fuente de trabajo, éste debe crear también el Derecho, pero un Derecho Social acorde su naturaleza social en un tiempo y espacio justificado.

El fin de estudio de Miguel Reale, quien pertenece a la escuela tridimensionalista del derecho, al estar basado en un método dialectico en la que las normas jurídicas no son estáticas, sino que son cambiantes ante el rechazo de la población y asimismo los valores jurídicos influyen en éstos cambios, la concepción histórica de la justicia es la adecuada, porque es el hombre el que va a producir los cambios en su sociedad, el que va a cambiar el derechos, y el que finalmente va a cambiar los valores jurídicos.

La escuela relativista del derecho, admite que el objeto de estudio es la justicia, pero a diferencia del iusnaturalismo que trata de buscar la verdad de ella, el relativismo aplica un método de sentimientos anti-cognocitivistas, es decir, que reduzcan a la justicia a una mera formula, sino que debe comprenderse como un bagaje de cultura, para que el fin de su estudio no sea la manipulación de la justicia vertida en intereses personales o contextuales de un determinado tiempo y lugar, que a través de fórmulas o métodos cognocitivistas tratan de justificar sus acciones.

Por lo tanto, sólo la escuela del ius-marxismo puede ser manejado por el gobierno comunista, porque sus concepciones de justicia están basadas en que el hombre es creador de su superestructura ya que él es el productor de la economía y sus relaciones de producción, así cualquier otra forma de gobierno capitalista siempre irá en contra de los verdaderos intereses del pueblo.

5.3.9. Gobierno de Estado Constitucional y su escuela de la teoría de la argumentación jurídica

La concepción de justicia que utiliza el gobierno del Estado Constitucional es el de la equidad, porque los gobernantes se someterán a la Constitución realizada por los intereses del pueblo, y dicha constitución fue creada por medio de la cooperación social, cuyos principios van a ayudar a la ciudadanía, tomando en cuenta que van a existir derechos fundamentales que no serán sometidos al voto, porque son de interés supremo a la persona.

La concepción de justicia que utiliza la escuela de la teoría de la argumentación jurídica es la de equidad, porque ambos tienen como fin la protección y vivacidad de la constitución hasta donde sea posible, de lo contrario, seguiría una injusticia porque no hay imperio de la razón, sino de la fuerza autoritaria o de algún grupo de poder.

Por lo tanto, la escuela de la teoría de la argumentación jurídica que utiliza la concepción de la justicia como equidad puede ser manejada por un gobierno de Estado Constitucional, porque ésta también utiliza la concepción de justicia como equidad.

5.4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Después de haber analizado progresivamente primero las concepciones de la justicia, luego las supuestas escuelas jurídicas y finalmente las formas de gobierno, nos hemos percatado que tanto las escuelas jurídicas y las formas de gobierno tienen una concepción de justicia por las cuales se guía coherentemente y consistentemente, y que mediante la consistencia de conexión entre las formas de gobierno y las escuelas jurídicas a través de sus concepciones de justicia se ha podido advertir que no todas las escuelas jurídicas pueden

ser manejadas por una determinada forma de gobierno; presentándose así los siguientes modelos:

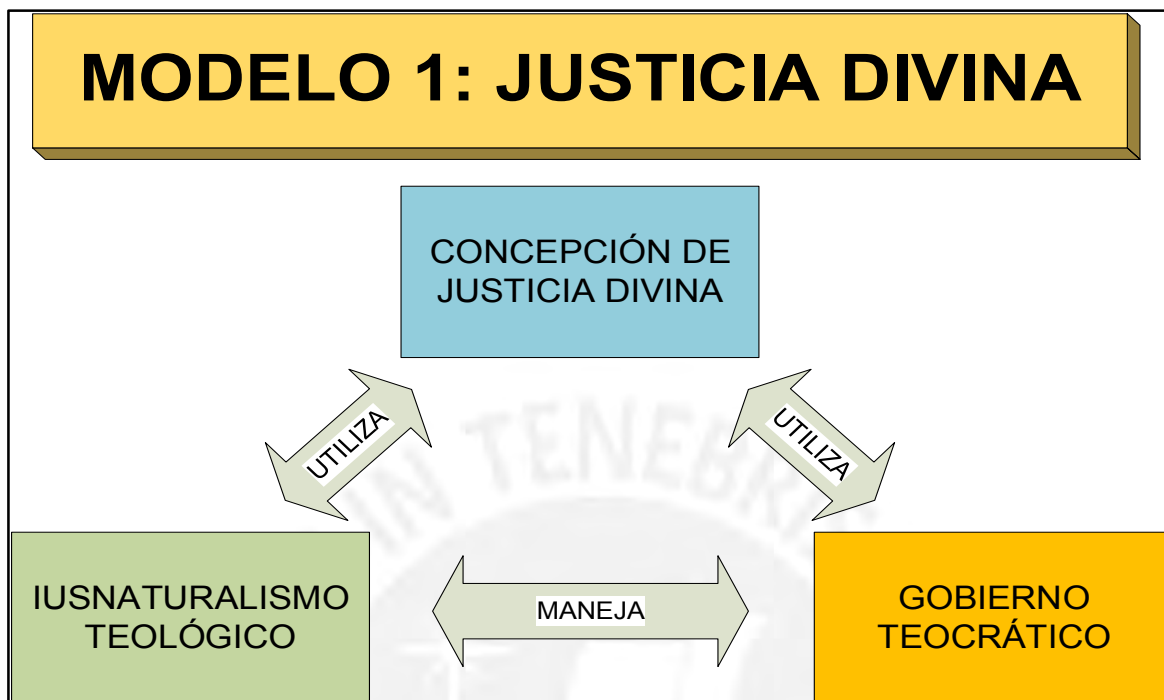


Figura 1. Triada consistente de la concepción de justicia divina: Modelo 1

Fuente: Vivanco Nuñez Pierre Moises

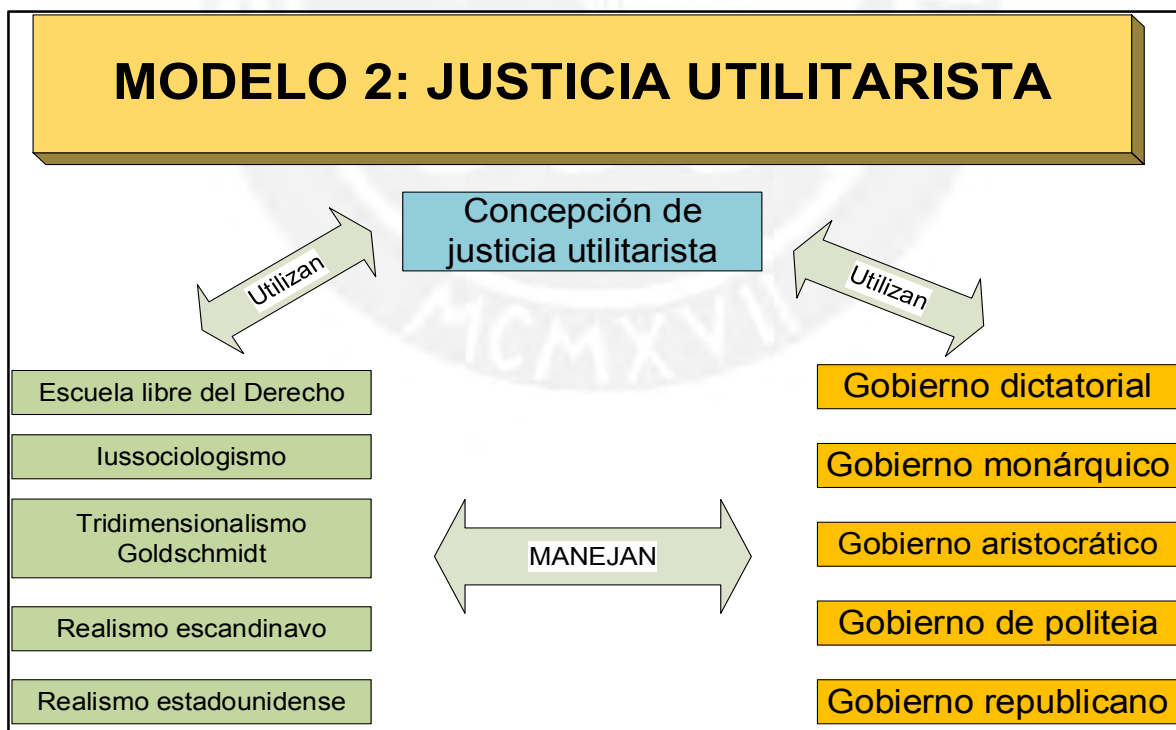


Figura 2: Triada consistente de la concepción de justicia utilitarista: Modelo 2

Fuente: Vivanco Nuñez Pierre Moises

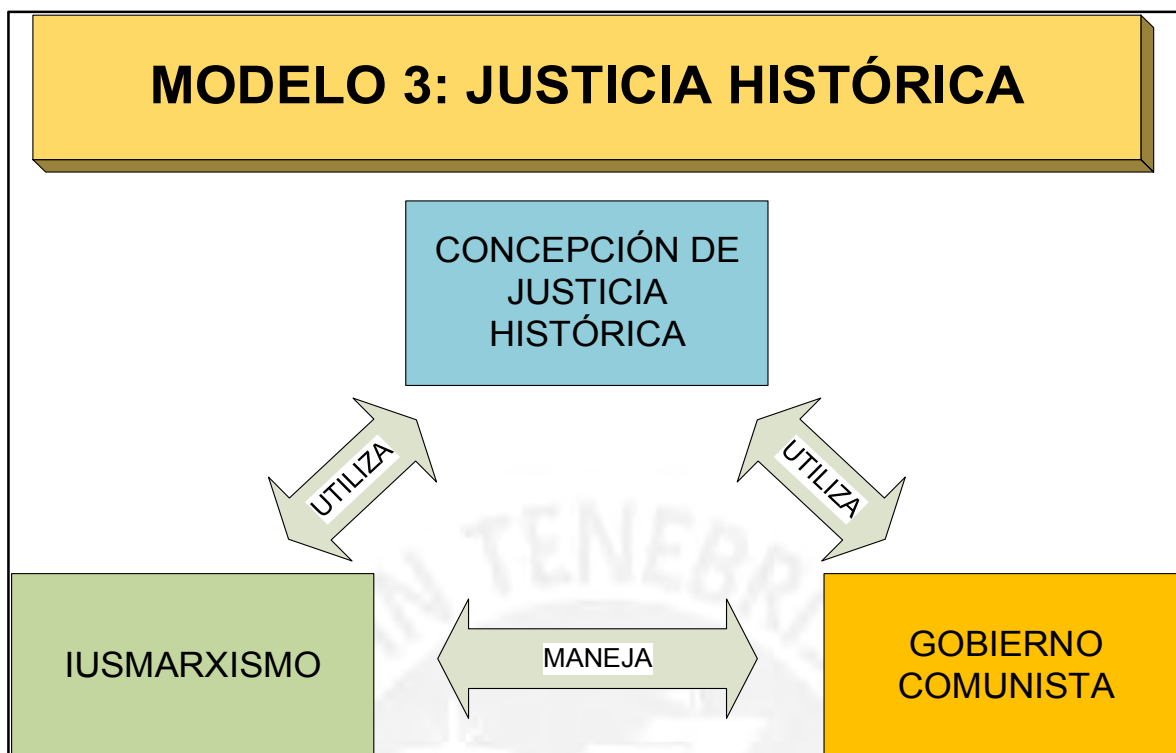


Figura 3: Triada consistente de la concepción de justicia histórica: Modelo 3
Fuente: Vivanco Nuñez Pierre Moises

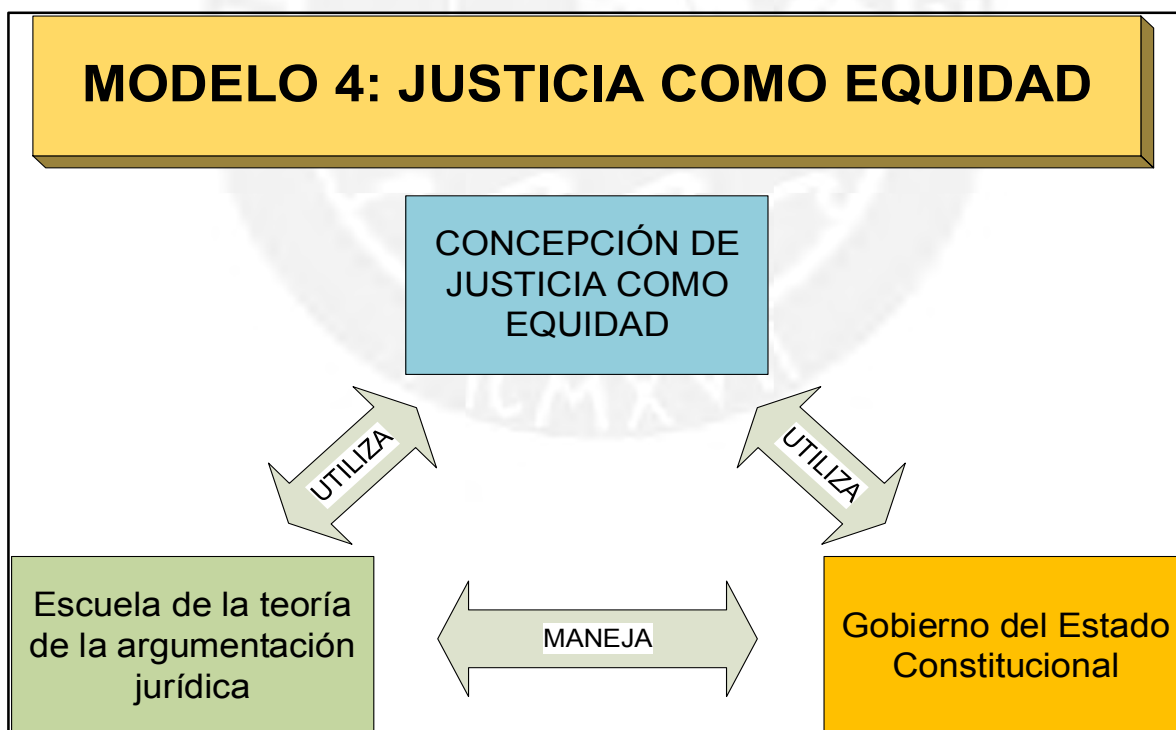
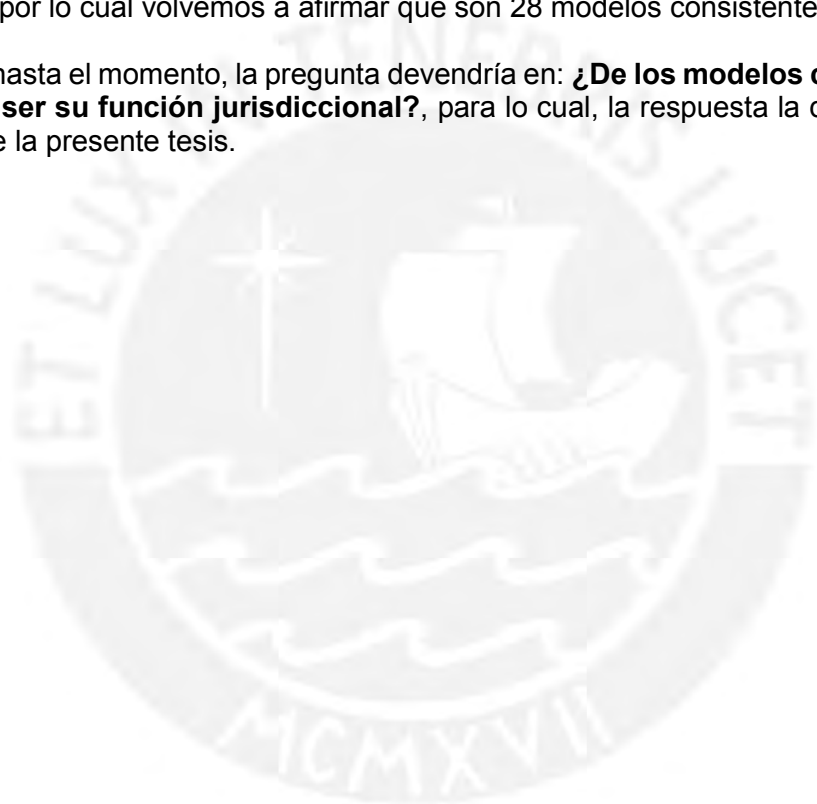


Figura 4. Triada consistente de la concepción de justicia como equidad: Modelo 4
Fuente: Vivanco Nuñez Pierre Moises

Entonces a través de los modelos presentados nos damos cuenta que sólo 4 concepciones de la justicia: (a) justicia divina, (b) justicia utilitarista, (c) justicia histórica y (d) justicia como equidad son congruentes con 8 formas de gobierno: (1) teocrática, (2) dictatorial, (3) monárquica, (4) aristocrática, (5) politeia, (6) republicana, (7) comunista y (8) Estado Constitucional; y al mismo tiempo, éstas son consistentes sólo con 8 escuelas jurídicas: (i) iusnaturalismo teológico, (ii) escuela libre del Derecho (iii) iussociologismo, (iv) tridimensionalismo de Goldschmidt, (v) realismo escandinavo, (vi) realismo estadounidense, (vii) iusmarxismo, (viii) escuela de la teoría de la argumentación jurídica; formando así 28 modelos que son consistentes entre las escuelas jurídicas, sus concepciones de justicia y sus formas de gobierno respectivamente.

En las figuras 1, 3 y 4 se pueden observar modelos independientes, mientras que en la figura 2 respecto a la justicia utilitarista se pueden utilizar de forma alternativa entre sus escuelas jurídicas y formas de gobierno, siendo 5 por 5, la cual forma 25 modelos consistentes, por lo cual volvemos a afirmar que son 28 modelos consistentes.

Lo analizado hasta el momento, la pregunta devendría en: **¿De los modelos consistentes, ¿cómo debe ser su función jurisdiccional?**, para lo cual, la respuesta la daremos en el capítulo VII de la presente tesis.



CAPÍTULO VI FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y SUS FAMILIAS JURÍDICAS

Los jueces deben estar presentes en cualquier tipo de administración de justicia, ya sea mediante la forma de la acción directa (justicia por propia mano), por autocomposición o heterocomposición, porque ellos son los garantes de una determinada forma de justicia, más aún la forma de resolver un conflicto o de tener los criterios del cómo debe dar solución a los conflictos jurídicos van a depender de la escuela jurídica.

De ante mano anticipamos que ninguna escuela jurídica promueve la acción directa, pero sí promueven la autocomposición y heterocomposición, en virtud a ello es que la escuela iusnaturalista y iuspositivista han desarrollado más las formas de administrar justicia, ya que ambas han llegado a instaurarse en múltiples formas de gobierno a nivel mundial.

En la Edad Media, la administración de justicia fue iusnaturalista, basándose la forma de juzgamiento de acuerdo a libros sagrados y la teología predominante, asimismo los medios probatorios han sido compuestos por la fe o el misticismo, sin contar que las sentencias estaban basadas en los caprichos de los jueces, un actuar sin fundamento lógico, sentenciando lo que les apetecía.

Por tal razón, comenzaremos explicando la función jurisdiccional desde una visión de familias jurídicas, para luego pasar a describir la función jurisdiccional desde la independencia de los Estados Unidos, porque como muchos versados en la materia coincidimos que fue el hito para el Estado Constitucionalista.

6.1. LA FUNCIÓN DEL JUEZ DESDE LA VISIÓN DE LAS FAMILIAS JURÍDICAS

6.1.1. El juez en civil law

Según Arguello (1985: 497) el proceso civil romano pasó por tres etapas (a) la de las acciones de la ley, (*legis actiones*), (b) la del procedimiento formulario (*per formulam*) y (c) procedimiento cognitorio (*extraordinaria cognitio*).

En las dos primeras etapas, los jueces eran elegidos por las partes, estas etapas se desarrollaban en dos fases; la primera denominada *in iure*, en la que solo se tenía el fin de crear relaciones procesales y fijar los términos controvertidos con un alto grado de solemnidad oral y culminaba con la *112itis contestatio*; en la segunda fase, denominada *indicio* o *apud iudicem*, fue desarrollado ante un juez privado, distinto al primer juez, donde se pronunciaban todos los aspectos concernientes a la prueba y la sentencia, ajustándose a lo que el juez de la anterior etapa había propuesto. (Arguello 1985: 497)

Dicho en pocas palabras, la primera fase el juez gozaba de la *iudicatio*, mientras el juez de la segunda fase gozaba de la *iurisdictio*.

Posteriormente, se desecharon las palabras rituales propias de las acciones de la ley, eliminándose el peligro de la pérdida del litigio por no haber pronunciado las partes adecuadamente los ritos solemnes o por no haberlos pronunciado bien. Por esa razón, el emperador Augusto hizo prevalecer el proceso formulario como columna vertebral, en la que se redactaba una fórmula de solución según el derecho que habían invocado las partes. (Arguello 1985: 498)

Ahora bien, si hablamos de los magistrados, en la etapa monárquica, el único magistrado era el rey; en la etapa republicana se transfirió la *iurisdictio* a los cónsules, luego se

transfirió la *iurisdictio* a los pretores (generales, altos intérpretes de la ley o jefes de tribunal), en la última etapa entre del Principado se tenían magistrados a los ediles, el prefecto (oficial romano) del pretorio y el prefecto de la ciudad. (Arguello 1985: 499)

Y si mencionamos la jerarquía de los jueces, pues estaban el *iudex*, el *arbitrer* y el tribunal de los *recuperatores*. El *iudex* se pronunciaba solo en la *in iudicio* del proceso, mientras el *arbitrer* tenía mayor libertad por cuanto no se sujetaba a las reglas del magistrado; y los *recuperatores* al principio tuvieron competencia en asuntos internacionales, luego actuaron en procesos extraordinarios, relativos a la manumisión de esclavos. (Arguello 1985: 500)

Sobre las partes, bajo el principio que nadie puede litigar contra sí mismo, debía existir dos partes en el proceso, una de ellas el actor o *petitor*, y la otra parte como demandado o reo. Además de cumplir con los requisitos de ser personas libres, ciudadanos romanos y sui generis; en casos excepcionales el esclavo podía demandar cuando se trataba de su libertad. (Arguello 1985: 501)

Por otro lado, estaban los auxiliares del proceso: oradores y *advocatus*, los primeros se encargaban de la solemnidad con el fin de exponer ante el juez las razones que les asistían para litigar; mientras los segundos tenían la misión de asesorar a las partes, éstos no intervenían en los debates; durante la etapa del imperio, los *advocatus* podían reemplazar a los jurisconsultos. (Arguello 1985: 501)

La herencia romana se instaló en varios países, los abogados del civil law tenemos que demandar mediante documentos escritos y debatir en todas las fases del proceso con la finalidad de aproximarnos a la justicia, pero debemos tomar en cuenta que los países pertenecientes a la familia del civil law, **tenían como imperio a la ley y no a la Constitución**, y en los países donde el gobierno era Monárquico, si bien existía un Parlamento, un Congreso, **la ley era aprobada directa o indirectamente por el rey**, recordemos nada más palabras del rey francés Luis XIV: El Estado soy yo.

6.1.2. El juez en el common law

De acuerdo a la información del Atlantic International University (2015^a: 1), el common law nació formalmente durante la Edad Media mediante la creación de los Tribunales Reales cuyas decisiones se basaban en las costumbres de las tribus germanas; la evolución de ésta familia se debe a tres periodos históricos:

- a. El llamado anglosajón del siglo I d.C. al XI d.C
- b. Del Gobierno de Guillermo el Conquistador hasta la llegada de la dinastía Tudor
- c. Desde el siglo XV con el nacimiento de la *equity* hasta la actualidad.

Siguiendo la información de Atlantic International University (2015^a: 2-5) se explicará cada uno de las etapas antes expuestas; así en el primer periodo, pese a que el derecho romano estuvo en Inglaterra, tras la caída del Imperio romano, los ingleses no adoptaron rasgo alguno del civil law. Por iniciativa del Monarca de Wessex, Alfredo el Grande, se crearon Tribunales del Condado y Tribunales Shires; éstos Tribunales eran dirigidos por el rey y por su consejo Witam, ya que ellos ostentaban el poder legislativo, judicial y ejecutivo.

El segundo periodo, con la llegada del rey Guillermo el Conquistador, se implanto como sistema de gobierno el feudalismo, lo que significa que el rey confiscó todas las tierras del país y las distribuyó en 60000 feudos, y éstos repartidos entre los caballeros; tras las injusticias entre los terratenientes, se instalan las Cortes Señoriales para que cada señor implante su forma de administrar justicia.

Ya con el gobierno de Enrique II, se colocaron jueces ambulantes que viajaban por todo el país y que apoyados de doce vecinos de ése condado esclarecían el caso en concreto o la Litis, expulsando de esa manera los Juicios de Dios. Tras instalarse los Tribunales llamados *King's Bench* y *Westminster*, nace el *common law*, los cuales eran los usos y costumbres de los tribunales germanos plasmados en normas jurídicas válidas para el reino por medio de las resoluciones.

En el gobierno de Eduardo, hijo de Enrique II, aparece el famoso "*Years book*", que son los resúmenes de los procesos más importantes de cada año, que al pasar los años ésas resoluciones tuvieron carácter obligatorio para el Tribunal de Justicia.

Finalmente, en el tercer periodo, es decir, en el siglo XV, los Tribunales Reales se vuelven inoperantes, por lo que se instala uno nuevo, el Tribunal de la Cancillería, éstos tienen la facultad de no sólo usar el precedente, sino la *Equity*, lo que en pocas palabras viene a ser un cuerpo de leyes (un cuerpo jurídico originado por el *civil law*).

El problema que acarreo la *Equity* fue que contradecía a los precedentes, por lo que la disyuntiva estaba en la prevalencia del uno sobre el otro, así que Francis Bacon propone que la *Equity* debe estar por encima del *common law*, de esa manera no habría contradicción en las sentencias.

Al asumir el trono Carlos I, accede reconocer juntamente con el parlamento La petición de Derechos (*Petition of rights*), asimismo en 1679 se promulga la ley del Habeas Corpus, y en el año 1689 se promulga La declaración de Derecho (*Bill of rights*), éstos documentos son los cimientos de Inglaterra y lo serán también de Estados Unidos.

6.1.3. El juez en la familia jurídica religiosa

La información que proporciona Atlantic International University sobre las familias religiosas, es que los sistemas religiosos más importantes a nivel mundial son tres: (a) Derecho Hebreo y (b) Derecho Musulmán, por supuesto que existen otros sistemas religiosos, pero que no tienen la misma autoridad que los antes mencionados como el (c) Derecho Japonés y (d) Derecho Canónico, entre otros. Tras haber mencionado los sistemas religiosos, pasaremos a explicar en qué consiste los dos primeros sistemas jurídicos de acuerdo a la información de la fuente antes mencionada

El (a) Derecho Hebreo (Atlantic International University 2015b: 1-4) comienza cuando las tribus de los semitas se unieron en Palestina (dando origen a ésta nación), para luego tener como capital a Jerusalén. El texto sagrado de estas personas era la Biblia (sólo el antiguo testamento), luego Palestina se dividió en Israel y Judá (israelitas y judíos), con el tiempo los judíos fueron desalojados del país.

La biblia es la recopilación de la histórica, religiosa y jurídica, de allí que el Torah o ley judía está compuesto por: Génesis, Éxodo, Deuteronomio, Números y Levítico.

El Poder Legislativo Israelí se conforma por 120 personas, éste cuerpo de denomina Knéset, quien al mismo tiempo elige a su presidente república y a su primer ministro. El Poder Judicial es independiente, pero los jueces son elegidos por el presidente de la república.

EL número de jueces que recomienda el presidente son de 9 y deben ser: 3 jueces de la Corte Suprema, 2 miembros del Colegio de Abogados, y 4 figuras públicas. La jerarquía es de la siguiente forma:

- Corte Suprema
- Tribunales de distrito
- Tribunales de magistrado
- Tribunales especiales
- Tribunales religiosos

El (b) Derecho Musulmán (Atlantic International University 2015b: 4-13), históricamente, se han distinguido tres razas: los árabes primitivos, quienes son hijos de Noé, pero que en la actualidad ya se extinguieron durante la época de Mahoma; los árabes propiamente dichos; y los Mustariba, quienes practican la meca con la llegada de Mahoma.

Mahoma ante los problemas bélicos entre Medina y Meca, propuso una solución religiosa, una doctrina escrita y elaborada en el Corán. Éste libro sagrado contiene las doctrinas del judaísmo, cristianismo y arabismo, además de ser fuente, también es un dogma de las leyes civiles y religiosas.

Otro libro sagrado está en el Sunna, donde se encuentran establecidos los modelos y modos de vivir en lo recto, luego encontramos al Idjma, que vienen a ser los acuerdos entre los doctores sobre los problemas que no pueden ser resueltas por el Corán ni el Idjma. El derecho penal está ligado a la religión, pues entre delito y pecado, no hay diferencia; de allí que existen delitos contra la sangre, religión y convivencia social además que el valor testimonial es mucho superior a los medios probatorios fácticos.

Respecto a la autoridad del juez, este viene a ser legitimado por poder del jefe de Estado, así el *nomen iuris* del juez será Cadi, tanto para lo civil y lo penal, siendo requisitos obligatorios ser musulmán libre y varón.

Estos Cadis fundamentan sus resoluciones de acuerdo al caso concreto, es decir, a su sana crítica y máximas experiencias e indudablemente al Corán, es de notar que la información sobre la conformación de sus tribunales es muy escasa, por lo que ameritaría seguir indagando a quien considere pertinente.

6.1.4. El juez en la familia jurídica mixta

Se entiende a la familia jurídica mixta o también denominada híbrida a la que acoge sin mayor dificultad y resistencia parte de la familia common law y civil law o en todo caso también a la familia religiosa, debe aclararse que en algunos casos ninguna de las familias puede ser mejor que el otro o que impere uno sobre todos, sino que están equilibrados; o que en todo caso exista uno por prevalencia sobre las demás.

El equilibrio de las familias es fundamental para Lousiana, Estado Federal de los Estados Unidos, porque al tener un Lousiana Civil Code utilizable sólo para las instituciones jurídicas civiles como los contratos, las personas, la familia, las obligaciones, las sucesiones y otras instituciones jurídicas nacidas de la familia germana-romana, demarca un notable uso para el Derecho Civil o Privado, pero gobierna sobre el mencionado Estado el common law todo lo referente al Derecho Penal y Público (Gonzáles 2010: 46).

Ahora bien en los países como Irán, Jordán, Arabia Saudita, Somalia y Yemen están formadas por el Civil Law, Common Law y Familia Religiosa –Derecho Musulmán-

(Sagástegui 2010: 66), esto implica que tienen como fuente principal al Corán, su libro sagrado, sin embargo, hay instituciones que son un tanto arcaicas en el Corán que no permitirán la evolución de sus sociedad, por ello es que utilizarán el common law para estar a la vanguardia de las necesidades del pueblo y lo referido al derecho comercial, utilizaran un código civil.

Dependiendo a la naturaleza de cada estado de gobierno es que utilizarán los sistemas de la familia jurídicas de forma pragmática y sin resistencia de oposición a fin de tener una mejor administración de justicia de acuerdo a sus necesidades.

6.1.5. El juez en la familia del soviet law

Se entiende que la familia del soviet law fue originada por la Unión Soviética cuyo propósito era crear un Derecho Comunista, un Derecho originado por el pueblo y para el pueblo, por lo que los ideales se constituían en hacer desaparecer el principio de legalidad capitalista que tanto amenazaba los ideales de la clase trabajadora, sin embargo, aún prevalecería el principio de legalidad o supremacía del Derecho, pero no como lo había planteado la supuesta democracia capitalista que sólo vertía derechos de acuerdo al interés mercantil de los empresarios, sino que guardaría garantías como: (a) las constantes inspecciones a las entidades públicas del gobierno, (b) el derecho de reclamar o presentar denuncias sobre los abusos por parte de algún funcionario del Estado (David y Jauffret-Spinosi 2010: 141-142).

Debe tomarse en cuenta que de todas formas la familia soviet law ha recibido la influencia de la familia civil law, sólo que su centro no estaba compuesto por los intereses de un pequeño sector o de un solo ente, sino que la supremacía jurídica estaba elaborada por los intereses del pueblo y para los interés del pueblo propiamente dicho (era un derecho no individualista), por ejemplo el derecho de familia estaba separado del Derecho Civil, formando parte del Derecho de Vivienda, asimismo el Derecho Mercantil desapareció, por otro lado se resistían a dividir al Derecho, porque ello era un problema netamente formal que de contenido, entonces al realizar un Derecho cuyos intereses serían guiados por la salud pública, la economía pública y fines en común, la propiedad civil, ya no era privada, sino socialista (David y Jauffret-Spinosi 2010: 163-164).

A diferencia de las demás familias, en el Soviet Law, en la primera Constitución de Rusia de 1918 se evita la palabra Estado y se pone un total énfasis a la voluntad del pueblo, nacionalizando todo lo que se encontrase en el territorio Ruso a beneficio y buena administración del mismo pueblo, por lo que se puede afirmar que los ideales del comunismo comienzan a tomar forma, sin embargo, como se dijo líneas más arriba, fue necesario implantar el principio de legalidad social, promulgándose nuevos códigos civiles, penales, familiar, agrario, etc. pero todos ellos acorde a la Constitución que tenía fundamentos en la equidad y comunidad fraternal, aclarando que las leyes promulgadas tenían como primera intención levantarse de las ruinas por la guerra civil que tuvo y cimentar la nueva ideología socialista (David y Jauffret-Spinosi 2010: 126-127).

Con la segunda Constitución de 1936 que tuvo la vigencia hasta 1990, continuó con los mismos ideales, pero sufrió un estancamiento notable porque no se llegó a la tan soñada gobernanza del pueblo o Estado Comunista que era su principal fin, porque una vez que se tuvo estabilidad economía y reestructuración en todo sentido, el otro paso era traspasar el poder al pueblo, empero ello nunca sucedió, así como la distribución correcta e idónea de los bienes colectivos por lo que tuvieron el método del ensayo error, lo que sí paso fue el

incremento de desarrollo en la educación, en la química, en la física, lo que paradójicamente no lo fue en la política (David y Jauffret-Spinosi 2010: 131-132).

Respecto a la judicatura, éstos han sido jerarquizados en cuatro categorías: (a) Los Tribunales Populares, ésta estaba compuesto por juzgadores y asesores elegidos democráticamente por el pueblo, las que resolvían los casos de las provincias, representando el 95% de las soluciones de la URSS, asimismo el voto de derecho y de hecho de los asesores valía lo mismo que el del juez; (b) Las Cortes Superiores de las Repúblicas Autónomas, resolvían los casos que eran apelados por la jerarquía menor y sólo estaba compuesto por jueces; (c) Las Supremas Cortes de las Repúblicas Federadas, ellas analizaban los casos más controversiales y los que casaban por el tribunal inferior, también estaban compuesto sólo por jueces; y finalmente, (d) La Suprema Corte de la antigua URSS, la que estuvo compuesto por 17 jueces y 45 asesores del pueblo, cuya función era supervisar la administración de justicia de las Supremas Cortes Federadas; en todos los casos no era necesario ser abogado o letrado para ocupar el cargo de juzgador, pero la mayoría que ocupaba dichos puestos estaban compuestos por personas letras con títulos universitarios en abogacía y experiencia en la judicatura, ellos eran elegidos por el espacio de 5 años, pero podían ser removidos por actos en contra de la voluntad del pueblo (David y Jauffret-Spinosi 2010: 152-155).

Por otro lado, la jurisprudencia tenía más la función educadora cuando existía vacíos en la ley, más no tenía la función de incorporar un derecho nuevo, el principio de legalidad era muy respetada, de tal suerte que en su Constitución prescribía: "(...) los juzgadores son independientes y únicamente están sujetos a la ley (...)" (citado en David y Jauffret-Spinosi 2010: 159); entonces, podríamos decir, que la jurisprudencia no podía hacer un control constitucional, sino sólo únicamente el pueblo a través del referéndum o vos popular.

6.2. LA FUNCIÓN DEL JUEZ DESPUÉS DE LA REVOLUCIÓN ESTADOUNIDENSE

6.2.1. El juez Francia

En Francia, los *parlements* (tribunales de justicia) antes de la Revolución Francesa, tal como lo explica Cappelletti en su obra *¿Renegar de Montesquieu?*, impartían justicia de acuerdo a las tradiciones del reino y a un antojadizo modo de pensar conservador, muchas veces, sin ni siquiera tener la sentencia una adecuada justificación jurídica (1986: 20); era pues razonada la molestia del pueblo Francés, que una vez ocurrida la revolución y reorganizado su sistema judicial, los jueces sólo debían ser boca de la ley (Montesquieu), no podían crear, ni interpretar la norma, porque dicha función era exclusiva de los legisladores, el máximo representante de los intereses del pueblo.

El Poder Judicial estaba pues a merced del Legislativo y Ejecutivo, porque el principal objetivo es controlar las actividades que realizaba el juez, por tal razón la única interpretación que debía realizar era la exégesis, una aplicación mecánica de la ley (Cappelletti 1986: 25), es decir, el silogismo jurídico de premisa mayor, premisa menor y una conclusión.

Se argumentaba de esa manera porque de acuerdo a Rousseau las leyes emitidas por el Parlamento eran infalibles porque eran la voluntad del pueblo, sin embargo, fallo en su teoría, ya que el Parlamento al estar basado y cargado de ideologías particularistas, es que también el Poder Legislativo comete excesos de sus facultades (Cappelletti 1986: 27).

Otra de las características más importantes fue que la elaboración de su Constitución era inmutable (Tocqueville 1996: 107), es decir, que una vez planteada los principios y

directrices constitucionales, ningún ente o Poder Estatal podía modificar la norma fundamental; de allí que los jueces si observaban una norma jurídica que vulneraba la Constitución o existía ambigüedad en ella, no podía intervenir y pronunciarse sobre las problemáticas legislativas.

6.2.2. El juez de Inglaterra

Tras su revolución de 1688, el Parlamento es el poder supremo, quien creaba leyes basadas en el Derecho Natural y la razón (Locke), de esa manera los jueces pueden descubrir derechos basados en el *common law* (*usos, costumbres y tradiciones de un pueblo*), sus precedentes o sentencias bajo ninguna circunstancia podían generar un *judicial review*, pues el Poder Judicial no puede ni debe estar encima que el Parlamento (Taruffo 1998: 140)

Lo que quiere decir, es que los jueces ingleses podían practicar el *common law* y la *equity* juntamente respaldados de sus jurados, pero en ningún caso, ellos podían interrumpir el direccionamiento de las leyes, lo único que podían hacer era exhortar al legislador de cambiar algunas leyes que atentaban contra la Constitución.

Esto es a razón de la *Rule of law* (Imperio de la Ley) que en palabras de Taruffo significa: “(...) valores de generalidad, estabilidad de las normas legales, previsibilidad e igualdad en la interpretación y la aplicación del Derecho, también en los valores de impersonalidad, imparcialidad y corrección en la administración de justicia (...)” (1998: 139); con la noción brindada por el autor, lo que nos está queriendo transmitir es que la *Rule of law* no sólo se trata de una supremacía del Poder Legislativo, sino que ello implica una coherencia de igualdad y responsabilidad para los operadores del Derecho, una práctica sistematizada, donde los criterios subjetivistas se dejaron de lado.

Otro fundamento sobre la *Rule of law* era que ellos podían modificar su Constitución, ya que ellos eran no sólo el cuerpo legislativo sino también el constituyente (Tocqueville 1996: 107), esto es que en cualquier momento a propuesta por la Cámara de los Lores o de los Comunes, los principios o directrices constitucionales podían ser modificados; y por eso al igual que el sistema francés si los jueces observaban una norma jurídica que vulneraba la Constitución, no podía ir en contra del Poder Legislativo.

6.2.3. El juez de Estados Unidos

Estados Unidos, tras su Declaración de Independencia (1776), a diferencia de Francia e Inglaterra, James Madison propuso un modelo de separación de poderes basado en el *check and balance*, ya que él en el Federalista N° 47 en palabras de Fernández-Albertos: “(...) las cámaras legislativas participan en la selección del ejecutivo, el ejecutivo tiene cierta capacidad de nombrar al poder judicial, el poder judicial revisa las actividades de los demás poderes,... En esto consiste la lógica de pesos y contrapesos (checks-and-balances): en la confianza en que unos poderes controlarán y limitarán —lo que inevitablemente implica cierta intromisión— las actividades de otros poderes. Para que la separación de poderes produzca beneficios en términos de una mayor limitación de las capacidades de los poderes del estado, estos poderes no pueden vivir en mundos diferentes: necesitan competir y cooperar entre sí (...)” (2005: 298); esto es que los poderes se controlan e entrometen unos a otros.

Por otro lado, el *case law* o resolución en base a casos se dio en Inglaterra y Estados Unidos, la diferencia radica en que un precedente estadounidense sí puede modificar la norma constitucional, mientras que la de un inglés no lo hace; entonces qué es lo que

sucede con el sistema americano; Norteamérica no tuvo la misma tendencia que los países influenciados por la familia civil law, es decir, de tener una razón escrita y el respeto a su fiel cumplimiento, sino que desde un principio como afirma Pound los jueces se esforzaron en desarrollar un sistema con sus propias reglas a través de la acumulación y resolución de casos en forma empírica (citado en Magaloni 1997: 137)

La creación de un precedente vinculante o como también se le suele llamar precedente constitucional estadounidense va a tener la idea básica de *work and progress*, la cual viene a ser un trabajo de producción y modificación de las reglas jurídicas nacidas a través de la historia jurídica norteamericana, su viraje se enfoca hacia una constante dinámica, por lo que el jurista debe comprender la idiosincrasia de su nación conllevando a que cada decisión sea la representación de la realidad vigente, de tal suerte que tres características representa el precedente estadounidense: (a) cambio, (b) rigidez y (c) flexibilidad (Ahumada 2003: 354).

Entonces a diferencia del juez del *common law* inglés, el estadounidense viene a ser: "(...) su partner [un cooperative law-making body] y el legislador cuenta con él (...)" (Ahumada 2003: 359); es decir, no es simplemente una boca de la ley, sino que hace la ley; para esto cuenta con herramientas como la *stare decisis*, *overruling* y la *judicial review*.

Ahora bien, sobre la *Judicial Review* en Estados Unidos en palabras de García de Entierra existe una mitología religiosa de que: "La Constitución es un texto inspirado por Dios, los fundadores son homologados como los santos, los jueces del Tribunal Supremo son denominados como los sumo sacerdotes" (2001: 127); y esto es a razón de la *judicial review*, el control de constitucional de los Estados Unidos, en la que nadie debe ir en contra de la Constitución.

La *Judicial Review* tuvo su origen aplicativo en el caso *Marbury vs Madison* resuelto por el Juez Marshall, quién citando los párrafos del artículo LXXVIII de Alexander Hamilton en El Federalista acerca de la Soberanía Constitucional: "La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios" [el subrayado es nuestro] (citado en Fernández 1997: 179); pone en evidencia la evaluación constitucional de las leyes por los Tribunales Supremos. Por eso, la revisión judicial se refiere según a Mark Tushnet como la práctica jurídica de brindar a las Corte el poder de decretar si una norma legislativa está acorde a la Constitución o no (2013: 71), esto es que a través de sus sentencias los jueces pueden modificar las leyes del Congreso (Poder Legislativo), pues en la Constitución se encuentra la voluntad popular, y ésta debe ser respetada.

6.2.4. El juez en el Estado Constitucional de Derecho

Cuando la Constitución contiene (a) la división de poderes, (b) la prevalencia de derechos fundamentales frente a otros derechos y (c) garantías constitucionales que ayuden a respetar e imponer a la Constitución por encima de cualquier ley, entonces estamos dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

Éstas garantías nacen a través de la Segunda Guerra Mundial, porque a causa de un positivismo muy marcado y un Estado legislativo de Derecho, el gobierno Nazi por las leyes que fueron implantadas en el Estado Alemán nunca hubieran cometido delito alguno, de allí es que comienzan a nacer los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y los que versan en Derechos Fundamentales, y para hacer respetar tanto las Constituciones y los Tratados es que nacen dichas garantías.

A lo largo de la vida constitucional, no es hasta el acontecimiento histórico del *Judicial review* o Control Difuso que se dio en los Estados Unidos donde la Constitución se impone como una norma jurídica y no como una mera norma política, al mismo tiempo que los jueces tendrán un empoderamiento jurídico-político.

Desde entonces, el caso *Marbury vs Madison* (1801), ha provocado en los tres poderes estatales de los Estados Unidos: Tribunal Supremo, Congreso y Presidente, una constante tensión de innumerables debates a causa del rol protagónico que tiene el Tribunal Supremo, pues él cambia o modifica a través de su jurisprudencia lo que ha logrado establecer el Congreso o el Presidente.

Recordemos que los precedentes del Tribunal Supremo mantienen el principio de la *stare decisis et quita non moveré* el cual significa “vinculación del juez a sus decisiones anteriores”, implica que un juez o tribunal deba guardar una unidad de criterio jurisprudencial a la experiencia de sí mismo y a la de sus antecesores, pero que al mismo tiempo éste principio no debe colisionar con el desarrollo o la evolución de la sociedad (Beltrán de Felipe y González 1988: 23); por eso la *stare decisis* al ajustarse a la realidad y a los nuevos derechos generados en el núcleo de la sociedad, por lo que si amerita algún cambio de paradigma, el juez puede salir de los parámetros establecidos por la *stare decisis* y realizar un **overruling**, es decir, la creación de un nuevo precedente o forma de concebir un determinado derecho.

Francia e Inglaterra cambian de forma radical la forma de administrar justicia tras la segunda guerra mundial, colocando instrumentos que permitan la eficacia de la Constitución; mientras que en Estados Unidos se genera en el Poder Judicial un activismo político frente al Poder Ejecutivo y Legislativo, lo cual genera un constante debate entre los tres poderes.

Tal es el hecho, que en los casos: (a) *Texas vs Johnson* (1989) respecto a la no criminalización sobre la quema de bandera de EE. UU.; durante ése mismo año el Congreso promulgo una ley que criminalizaba la quema de bandera; así nuevamente el Tribunal (esta vez victorioso) mediante el caso *US vs Eichmann* logró anular la criminalización de la quema de bandera (Beltrán de Felipe y González 1988: 50).

(b) La 13ª enmienda (1865) que invalidó la postura esclavista dictaminada en el caso *Scott vs Sandford* (1857) el cual permitía la esclavitud, decisión totalmente errada por la Corte Suprema, ya que ésta motivó a su país a una guerra civil (Carbonell 2007: 149-151). Ambos casos demuestran como la participación política del Tribunal y del Congreso, en un **encuentro dialéctico** son importantes para la vanguardia de los derechos fundamentales y la salvaguarda del Estado Constitucional de Derecho, vemos entonces que el juez ya no sólo es un mero espectador, sino un personaje que comienza tomar protagonismo en las decisiones estatales y en la forma de administrar justicia.

6.2.5. El juez en el Estado Jurisdiccional de Derecho

Una vez instalado los Tribunales Supremos o Tribunales Constitucionales a nivel mundial, o por lo menos en los países donde existe un Estado Constitucional de Derecho, podemos apreciar que ellos van a resolver ciertos asuntos de inconstitucionalidad mediante las sentencias manipulativas.

Históricamente, el Tribunal Constitucional de Italia desde 1963, ya no sólo tiene la función de derogar leyes que contravienen la Constitución (entendido como un legislador negativo), sino que va a tener la opción de modificar, agregar, exhortar o reinterpretar el sentido de un dispositivo normativo, convirtiéndose de esa manera en un legislador positivo. En Italia se denominaron a esas resoluciones “sentencias manipulativas”, pero no entendida bajo la acepción de distorsión con la verdad, sino como lo entiende Alessandro Pizzorusso (citado en Carpio, 2011: 208) sentencias que no están en consideración entre lo pedido y lo resuelto, sino que éstas estén basadas en la transformación parcial del texto legal o la modalidad de una interpretación.

La sentencia “interpretativa” se caracteriza en palabras de Aja y González (1998: 277) como una interpretación distinta a la literalidad que el legislador redactó, pudiendo ser más amplia o restrictiva; por lo general es desestimada de su inconstitucionalidad, además de que no son expuestas en el fallo, sino en los fundamentos.

A diferencia de la sentencia interpretativa que no modifica el texto normativo, las sentencias aditivas –también denominadas integrativas, sustitutivas o constructivas agregan un nuevo elemento al texto que es considerado parcialmente inconstitucional, pues el TC ha logrado advertir que dicho texto, el legislador ha omitido un concepto jurídico, cuyo resultado es la incompatibilidad con la Constitución (Aja y González 1998: 278), entonces, para evitar consecuencias catastróficas al momento de derogar el dispositivo normativo en litigio es necesario modificar el texto acorde a la Constitución.

Tal como advierten Aja y González: “Como cada país, y casi cada autor, tiende a elaborar tipologías diferentes de sentencias intermedias [o manipulativas], (...) hemos optado por simplificar al máximo esas distinciones, partiendo del criterio (...) entre el Tribunal Constitucional y el legislador (...) tres grandes tipos de sentencias” (1998: 275); éstas son de acuerdo a los mismo autores: (a) las decisiones simples entendidas como las resoluciones que emite un legislador negativo, (b) las sentencias que resuelven la inconstitucionalidad con la incorporación a la ley de algún elemento normativo por el TC, y (c) las decisiones que no solucionan inmediatamente la invalidez de la ley y llaman a la colaboración del legislador.

Antes de culminar éste apartado, debemos apreciar que el Tribunal Constitucional o los Tribunales Supremos cada vez van ganando terreno en las decisiones políticas, ejecutivas y porque no decir también en las decisiones legislativas, en consecuencia si hemos tenido la transición de un Estado absolutista al de un Estado Legislativo a casusa de la Revolución Francesa, y del Estado Legislativo a un Estado Constitucional de Derecho por las catástrofes de la Segunda Guerra Mundial; entonces por la misma solidez de un sistema democrático y protagonismo sesudo del juez, quizás sea el momento en el que nos enfrentamos ahora a una posible transición de un Estado Constitucional de Derecho a la de un Estado Jurisdiccional de Derecho.

Finalmente, si existen herramientas como la *stare decisis*, *equity*, *overruling*, *checks and balances*, *judicial review*, control concentrado, sentencias manipulativas, principios

procesales, principios constitucionales, garantías constitucionales, tutela jurisdiccional, debido proceso, aún nos seguimos preguntando: **(a) ¿Por qué nosotros, los ciudadanos nos encontramos inconformes o desconfiados a las formas de resolver conflictos a través de una escuela positivista como a la neopositivista?, y (b) ¿por qué debemos conformamos a sólo un tipo de administración de justicia?**, estas dos preguntas, al igual que las cuestiones del segundo capítulo de ésta tesis serán motivo de respuestas en el capítulo VIII.

6.3. IDEOLOGÍA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN LAS FAMILIAS JURÍDICAS

Los autores o entendidos en la materia en Derecho Comparado demuestran en la actualidad, siglo XXI, la imposibilidad de demarcar en el mapamundi la ubicación de las familias jurídicas como se estaba llevando a cabo hasta 1989, fecha en la que se derrumba el Muro de Berlín y con él los cimientos de los sistemas marxistas denominadas como el Soviet law. Por tal razón, de acuerdo al profesor Sagástegui (2010: 22) divide en cuatro familias jurídicas vigentes que se encuentran a nivel mundial: (a) *civil law*, (b) *common law*, (c) Derecho Nórdico y (d) Derecho Islámico; pero nosotros afirmarnos que son cinco familias latentes: (a) *civil law*, (b) *common law*, (c) familia jurídica mixta, (d) *soviet law* y € familias jurídicas religiosas, y en base a ésta última clasificación es que se realizará el estudio respectivo.

Antes bien de continuar, es necesario aclarar la confusión entre “sistema jurídico” y “familia jurídica”, por lo que algunos consideran que es lo mismo, pero en realidad sí existe una diferencia, y ésta radica en que el primero viene a ser un conjunto de normas aprobadas legalmente por un Estado y por ende también a su Constitución, mientras el segundo es el conjunto de sistemas jurídicos que tiene una decencia en común, una raíz en común sobre la forma de administrar justicia y sobre todo la fuente principal de Derecho que utilizaron independientemente de las otras fuentes que utilizaron para incrementar su conocimiento.

Entonces, si cada familia jurídica tiene una fuente principal de derecho o en todo caso dos o tres que están en la misma jerarquía, podremos realizar la siguiente pregunta: **¿se puede identificar el tipo de administración de justicia que utiliza cualquier país al saber a qué familia jurídica pertenece?**, pues de ser una respuesta afirmativa se podrá identificar o discernir el tipo de administración de justicia que tiene un país o comunidad, independientemente de la forma de gobierno que se formó en dicho país.

6.3.1. Las fuentes principales del derecho en las familias jurídicas

Para responder la pregunta antes formulada, primero se debe identificar la fuente principal de Derecho en cada familia jurídica, por lo que se comenzará analizando al (a) *civil law*, también denominada familia romanística, ésta se inicia formalmente con el *Corpus Iuris Civilis* (CIC), ésta familia se extendió y ha calado sus raíces a nivel mundial, y según la Universidad de Ottawa, más de 90 países han aplicado su sistema (Sagástegui 2010: 38); ahora bien, como se mencionó, al ser el CIC su principal fuente del Derecho, entonces **la Ley viene a ser su fuente principal**, pues fuera de ello no existe el Derecho mismo, pues como explica Merryman de Justiniano, él prohibió que se interpretase otro cuerpo legal que no fuera el CIC, de esa manera todos los ciudadanos se sometían a las leyes, y no fue hasta 1088 que en la Universidad de Bolonia se incidió un estudio muy sesudo sobre el CIC por los glosadores a fin de reinterpretarla y darle nuevos enfoques a su contexto (2012: 26-30).

Sobre el (b) *common law*, **la fuente principal de Derecho es el precedente** o sentencias dictadas por los jueces de acuerdo a las costumbres de su localidad o nacional, esta

actividad obedece más a la experiencia de resolver casos, que darle importancia a cualquier otro tipo de fuente, sin embargo, no quiere decir que ésta familia no se rige por leyes, o Estatutos de sus Parlamentos, lo hace pero en menor incidencia o influencia, pues como ya se dijo, la forma en cómo un juez resuelve un litigio, lo hace a través de las costumbres, la equidad y la razón del pueblo.

Respecto a (c) las familias jurídicas mixtas, va a **depender de la forma en que se fusionen las familias jurídicas**, siendo: (1) civil law y common law, (2) civil law y familia jurídica religiosa, (3) common law y familia jurídica religiosa o (4) civil law, common law y familia jurídica religiosa; de tal suerte que las fuentes principales van a variar independientemente si son equilibrados o utilizan con mayor incidencia, pero sin confundir o caer en el error de utilizar otra fuente como aplicación accesoria, entendido de esa manera, afirmamos que para el primer modelo “(1)” será la ley y el precedente sus fuentes principales, para el segundo modelo “(2)” será primero su libro sagrado y luego la creación de nuevos derechos a través de la ley soberana (voluntad del pueblo a través del Legislativo) que esté en algunos aspectos acorde a su libro sagrado, porque de serlo en su totalidad, sería una familia jurídica religiosa; lo mismo entonces sucede con los modelo tercero “(3)” y cuarto “(4)”, ya que para el tercero, será su libro sagrado y al mismo tiempo la utilización o incorporación de nuevos derechos a su sistema a jurídico a través de la costumbre o resolución de casos, que es el precedente, y finalmente en el cuarto modelo serán la ley, el precedente y su libro sagrado los que creen derechos.

Para el caso de la (d) familia jurídica religiosa, indudablemente viene a ser la fuente principal su **libro sagrado**, sea éste: (1) Korán, (2) Biblia cristiana, (3) Talmud, (4) Tipitaka, (5) Rig Veda, entre otros libros o ideologías teológicas.

Finalmente, el (e) soviet law tendrá como fuente principal a la ley, pero no en el sentido democrático capitalista, basado en el interés de un grupo de personas, sino en una democracia popular verdadera, entonces diremos que en sentido estricto será la **ley socialista**.

6.3.2. Identificación de la función jurisdiccional en las familias jurídicas

Cada familia jurídica al tener una fuente principal de Derecho tendrá una forma distinta de administrar justicia, por ende, la función jurisdiccional de los jueces conllevará un paradigma y una ideología diferente en su judicatura; por lo que **la forma en que administra justicia el juez en:**

(a) El civil law es a través de la ley, como lo sigue haciendo modelo francés, en la que una vez planteada los principios y directrices constitucionales, ningún ente o Poder Estatal podía modificar la norma fundamental; de allí que los jueces si observaban una norma jurídica que vulneraba la Constitución o existía ambigüedad en ella, no podía intervenir y pronunciarse sobre las problemáticas legislativas.

(b) El common law lo será por medio de los precedentes, pero éste tipo de administración de justicia se dio en los inicios de un Estado, tal como se dio en la Roma Antigua cuya única fuente del Derecho era la costumbre, asimismo en los países anglosajones y nórdicos, cuando la ley aún no se instalaba y se guiaban por medio de costumbres, situación que en la actualidad, no hay ningún país que se guie sólo por la costumbre, porque han evolucionado.

(c) La familia jurídica religiosa lo hará en base a los libros sagrados de su religión nacional, como lo han hecho en la antigüedad en distintas tribus cristianas, musulmanas, hindús, etc. cuando la ley del hombre complementaba ciertos parámetros para su convivencia, más no para la forma de gobernarse.

(d) El soviet law lo hace por medio de la ley socialista, como lo hace el Estado de Cuba, China, Corea del Norte, Laos y Vietnam, países donde el Estado capitalista se ha apaciguado y es el autoritarismo del proletario o del trabajador la que prima, formando así una ley para ellos y por ellos, una ley o Constitución anticapitalista.

Y finalmente en (e) la familia jurídica mixta determina su solución de conflictos jurídicos dependiendo a la incorporación natural de sus fuentes del derecho, sin que esto signifique para la familia mixta que a veces utilizará uno por preferencia de acuerdo a la naturaleza del caso en concreto y a veces todas las fuentes en su conjunto, siendo mediante: (1) la ley y el precedente, como el modelo Ingles y Estadounidense, sólo que para el segundo Estado, el precedente si puede modificar la ley, y en el primero no lo puede hacer; (2) el libro sagrado y la ley, aquí se ubican todos los países que en la actualidad aún se rigen por sus libros sagrados, ya que la ley del hombre sirve como complemento indispensable a los conflictos jurídicos surgidos en la realidad.

(3) El libro sagrado y el precedente, tal vez éste tipo de modelo sólo haya existido en los inicios de la formación de un Estado teocrático, pero en la actualidad no se rigen bajo ello; y por último esta la formación (4) con la ley, el precedente y el libro sagrado, éste tipo de administración de justicia sólo puede darse en los países teocráticos que además de utilizar su libro sagrado, también utilizan la ley del hombre y los precedentes para solucionar sus conflictos jurídicos.

Con lo explicado y la pregunta antes formulada: **¿Se puede identificar el tipo de administración de justicia que utiliza cualquier país al saber a qué familia jurídica pertenece?**, podemos afirmar rotundamente que sí, entonces así podemos saber el tipo de administración de justicia de cualquier país independientemente de su forma de gobierno.

CAPÍTULO VII

MODELOS CONSISTENTES TEÓRICAMENTE EN BASE A CONCEPCIONES DE JUSTICIA

7.1. LAS ESCUELAS JURÍDICAS Y SUS FUENTES PRINCIPALES DE DERECHO

En el presente apartado se tocará el tipo de fuentes principales del derecho que utilizan las distintas escuelas jurídicas a fin de saber cuál es su forma de administración de justicia, pues en el capítulo anterior se delimitó que a través de las fuentes principales del derecho se podía determinar la función jurisdiccional del juez, por lo que ahora nos enfocamos en hallar su conexión.

7.1.1. El iusnaturalismo y sus principales fuentes del derecho

7.1.1.1. Iusnaturalismo racional y su falta de fuente principal de Derecho

El método de estudio en el iusnaturalismo racional difieren los autores, pues para Platón es la educación a través del arte y la gimnasia; para Aristóteles es a través del justo medio y que ésta solo se logra mediante el cultivo de los valores; para Kant es a través del libre albedrío y que ésta sólo es posible por la razón ya que mejor será su libre albedrío si su razón aumenta y esto solo es posible por la práctica de valores positivos o morales; y finalmente para Del Vecchio viene a ser la razón, porque sólo una razón natural que parte del filosofar sobre los valores positivos que se encuentran plasmados en la sociedad se alcanza la verdad; por lo tanto, se llega a la conclusión que el método de estudio, si bien difieren, es **el filosofar sobre los valores y ponerlos en práctica**, ya que el iusnaturalismo es teoría y práctica al mismo tiempo.

El iusnaturalismo racional al tener como método el filosofar sobre los valores y ponerlos en práctica, no tiene una fuente del Derecho en específica, sino que se propone analizar a las fuentes del Derecho para determinar si son justas o no; por lo tanto, el iusnaturalismo carece de una fuente principal del Derecho, pero al mismo tiempo es la que evalúa las fuentes del Derecho. Por lo que podríamos decir, que dicha escuela más que resolver conflictos jurídicos, lo que hace es evaluar el producto de las fuentes del Derecho.

7.1.1.2. Iusnaturalismo teológico y los libros sagrados

Desde la vertiente iusnaturalista teológica, Santo Tomas de Aquino explica que el método es el sometimiento a juicios basados e inspirados en los valores de la ley divina y de forma secundaria por las leyes del hombre (leyes positivas) posición que otros teístas se guían por una concepción de justicia divina, ya que estos iusnaturalistas se rigen por los libros sagrados de su religión, por lo que no hay más nada que buscar, sino seguir la ley divina brindada por su profeta, Dios o deidad.

En la familia jurídica religiosa la fuente principal viene a ser su **libro sagrado**, sea éste: (1) Korán, (2) Biblia cristiana, (3) Talmud, (4) Tipitaka, (5) Rig Veda, entre otros libros o ideologías teológicas.

Por lo tanto, la fuente principal del Derecho que utiliza la escuela iusnaturalista teológica son los libros sagrados que tiene su cultura, porque sólo a través del análisis y la aplicación de sus libros sagrados pueden administrar de acuerdo a ellos una verdadera justicia.

7.1.2. La escuela histórica del derecho y la ley

El objeto de estudio en la escuela histórica es la jurisprudencia, el método de investigación es la interpretación lógica, gramatical e histórica (las tres en un mismo tiempo), con la finalidad de realizar una sentencia con calidad científica, porque: "(...) hay muchos juristas

mediocres en la jurisprudencia; y se puede pensar con mediocridad en la elaboración histórica, pero no en la filosofía (...)" (2004: 61), esto es que existen hasta el día de hoy jueces que desconocen su tradición e importancia evolutiva de los conceptos jurídicos, pero no en el desconocimiento de la lucha por la justicia, aunque justicia arraigada al Derecho Natural, pero para que ello suceda, también tiene como fin elaborar una verdadera legislación, una que contenga prescrito al derecho vivo, es decir, que no sea un producto elaborado por el capricho de los legisladores, sino del producto histórico jurídico de las relaciones mismas de los individuos y del cómo se han ido incorporando dichas instituciones jurídicas o en todo caso han ido evolucionado.

El *civil law*, también denominada familia romanística se inicia formalmente con el *Corpus Iuris Civili* (CIC), ésta familia se extendió y ha calado sus raíces a nivel mundial, por lo que el CIC viene a ser su principal fuente del Derecho, siendo así **la Ley su fuente principal**, pues fuera de ello no existe el Derecho mismo.

Por lo tanto, la fuente principal del Derecho que utiliza la escuela histórica del Derecho es la Ley, porque para resolver los conflictos jurídicos, el juez tendrá que interpretar la Ley a través de la interpretación histórica, gramatical y lógica, evitando así los fundamentos subjetivos del juez; pero al mismo tiempo la elaboración de la Ley debe ser a través de un análisis histórico arraigado en su sociedad, evitando los caprichos del legislador.

7.1.3. La escuela anticientífica del derecho y su falta de fuente principal del Derecho

La escuela anticientífica del derecho, propuesta por Von Kirchmann propone que el objeto de estudio del Derecho es un conjunto de instituciones jurídicas y de relaciones de gobierno-pueblo, la cual, al estar en una constante mutabilidad, llega a negar que ésta se convierta en ciencia por no promover leyes científicas, porque no hay seguridad en las resoluciones judiciales y sobre todo a razón de que las leyes estén sometidas o direccionadas a favor de un sector en particular. Por lo tanto, no hay método, y tampoco fin de estudio.

Ahora bien, ésta escuela **carece de una fuente principal del derecho**, porque al no tener un fin de estudio, implica que no tiene un norte, y al carecer de ello, tampoco tiene en claridad cuál es su fuente del Derecho.

7.1.4. El iuspositivismo y la ley

El iuspositivismo tiene como objeto de estudio a la norma; su fin de estudio, es decir, hacia dónde debe conllevar el análisis de la norma, esto es a la regulación de conductas humanas a través del marco normativo impuesta por el legislador en concordancia a la Constitución, pero se debe aclarar que no debe ser entendida a ésta última como el cambiar la personalidad de la persona, sino la manera del cómo resolver las conductas humanas por medio de sistema jurídico predeterminado; y finalmente su método es la interpretación de la norma, una interpretación jurídica.

El *civil law*, también denominada familia romanística se inicia formalmente con el *Corpus Iuris Civili* (CIC), ésta familia se extendió y ha calado sus raíces a nivel mundial, por lo que el CIC viene a ser su principal fuente del Derecho, siendo así **la Ley su fuente principal**, pues fuera de ello no existe el Derecho mismo.

Por lo tanto, la fuente principal del Derecho que utiliza la escuela iuspositivista es la Ley, porque lo que va analizar en un conflicto jurídico es si el caso concreto calza en la norma jurídica, y de hacerlo comenzará a interpretar la norma o dicho en pocas palabras, la Ley.

7.1.5. La escuela libre del derecho y sus fuentes principales del Derecho

La escuela libre del Derecho, cuyos representantes son Oskar von Bülow, Eugen Ehrlich, Gnaeus Flavius, Hermann Ysay, entre otros; de los mencionados representantes se puede deducir que el objeto de estudio es la jurisprudencia o en todo caso la sentencia judicial, cuyos métodos por excelencia deben ser la interpretación extensiva, restrictiva y analógica, pues cada caso es distinto al otro, y si nos preguntamos por su finalidad, se diría que es llegar a que el juez resuelva con mayor libertad los litigios que lleguen a su causa, sin que la metodología de la norma silogística impere en ella.

El *civil law*, también denominada familia romanística se inicia formalmente con el *Corpus Iuris Civili* (CIC), ésta familia se extendió y ha calado sus raíces a nivel mundial, por lo que el CIC viene a ser su principal fuente del Derecho, siendo así **la Ley su fuente principal**, pues fuera de ello no existe el Derecho mismo.

El *common law* tiene como **fuentes principales de Derecho al precedente** o sentencias dictadas por los jueces de acuerdo a las costumbres de su localidad o nacional, esta actividad obedece más a la experiencia de resolver casos, que darle importancia a cualquier otro tipo de fuente, sin embargo, no quiere decir que ésta familia no se rige por leyes, o Estatutos de sus Parlamentos, lo hace pero en menor incidencia o influencia, pues la forma en cómo un juez resuelve un litigio, lo hace a través de las costumbres, la equidad y la razón del pueblo.

Por lo tanto, las fuentes principales del Derecho que utiliza la escuela libre del Derecho son la Ley y el precedente, ya que en el caso del primero la utilizará cuando los casos sean sencillos, mientras que hará uso del segundo cuando los casos sean difíciles, por lo que aplicará las interpretaciones extensivas, restrictivas y analógica con la finalidad de resolver dicho caso, en pocas palabras creará derecho no positivizado.

7.1.6. El iussociologismo y su falta de fuente del Derecho

El iussociologismo tiene por objeto de estudio los hechos jurídicos del hombre acorde a un ordenamiento jurídico válido, pues allí se muestra el fenómeno fáctico que representa el Derecho; el método de estudio es la observación directa de la realidad, por lo que su fin de estudio será constatar la validez eficaz entre el ordenamiento jurídico y cada uno de los integrantes de un Estado, de lo contrario se debe cambiar el ordenamiento total o parcialmente.

El iussociologismo al tener como objeto de estudio a los hechos jurídicos y un método de estudio la observación directa de la realidad, simplemente carece de una fuente del Derecho, se diría que ésta escuela analiza las fuentes del Derecho a fin de que ellas estén a favor del ciudadano y acorde a sus costumbres.

Por lo tanto, la escuela iussociologista carece de una fuente principal del Derecho. Por lo que podríamos decir, que dicha escuela más que resolver conflictos jurídicos, lo que hace es evaluar el producto de las fuentes del Derecho.

7.1.7. El iusmarxismo y la ley social

El objeto de estudio para el iusmarxismo es el Derecho mismo, pero no entendida de forma aislada como un conjunto de normas, legislaciones, relaciones sociales, fenómeno histórico, entre otros, sino en su conjunto, comprendido como un producto elaborado científicamente por la clase proletaria y para elaborar un Derecho Social, sus métodos son

el materialismo dialéctico y el materialismo histórico, cuyo fin de estudio es que el hombre vuelva y se le reconozca como hombre social que es y el productor de su evolución.

La familia del *soviet law* tiene como fuente principal del Derecho a la ley, pero no en el sentido democrático capitalista, que está basado en el interés de un grupo de personas, sino en una democracia popular verdadera, entonces diremos que en sentido estricto será la **ley socialista**.

Por lo tanto, la fuente principal del Derecho que utiliza la escuela iusmarxista es la ley socialista, porque dicha ley contiene los verdaderos intereses del pueblo, siendo que al ser el proletario la fuente de las relaciones de producción es quién debe hacer el Derecho, es decir, la Ley por él y para él. Por lo que podríamos decir, que dicha escuela más que resolver conflictos jurídicos, lo que hace es evaluar el producto de la Ley.

7.1.8. El tridimensionalismo y sus fuentes principales del derecho

Respecto a la escuela tridimensionalista del Derecho, sus representantes: Miguel Reale, Carlos Fernández Sessarego y Werner Goldschmidt no se ponen de acuerdo respecto al método, ni al fin, sin embargo, sí lo están en el objeto de estudio, porque para los tres representantes de la presente escuela son los: valores, hechos y normas.

Respecto al método, los tres difieren para analizar la interrelación entre el valor, la norma y los hechos, porque uno propone la dialéctica, otro la contemplación y otro la fenomenología, por tanto los fines también van a ser diferentes, porque mientras dos sostienen que tres los fines de estudio, es decir: (a) uno va utilizar desde la vertiente de los hechos jurídicos, valores jurídicos y norma jurídicas para un mejor análisis del Derecho, (b) otro propone la dialéctica de los hechos sociales que finalmente se van a convertir en normas jurídicas, luego éstas van a generar valores de aceptación o rechazo por la población, por lo que éstas nuevamente vuelven a los hechos sociales y se incorporan, lo que generará una calidad de vida en el hombre; mientras sólo uno afirma que el derecho guarda solo un fin de estudio: la protección de la libertad del hombre.

Lo explicado hasta el momento se llegaría a afirmar que es aquí donde comienzan los problemas para identificar a una verdadera escuela de un movimiento, corriente o proyecto filosófico jurídico, al ser teorías contrarias entre ellas, lo que anima a mayor debate.

El *civil law*, también denominada familia romanística se inicia formalmente con el *Corpus Iuris Civili* (CIC), ésta familia se extendió y ha calado sus raíces a nivel mundial, por lo que el CIC viene a ser su principal fuente del Derecho, siendo así **la Ley su fuente principal**, pues fuera de ello no existe el Derecho mismo.

El *common law* tiene como **fuentes principales de Derecho al precedente** o sentencias dictadas por los jueces de acuerdo a las costumbres de su localidad o nacional, esta actividad obedece más a la experiencia de resolver casos, que darle importancia a cualquier otro tipo de fuente, sin embargo, no quiere decir que ésta familia no se rige por leyes, o Estatutos de sus Parlamentos, lo hace pero en menor incidencia o influencia, pues la forma en cómo un juez resuelve un litigio, lo hace a través de las costumbres, la equidad y la razón del pueblo.

Por lo tanto, a pesar de que en el tridimensionalismo jurídico tres son los objetos del Derecho, los tres utilizan la ley y el precedente como fuentes principales del Derecho, pero está ausente la fuente del Derecho de los valores, exaltando como siempre que los valores

son los que analizarán a las fuentes antes mencionadas. Podríamos decir, que dicha escuela más que resolver conflictos jurídicos, lo que hace es responder qué es el Derecho.

7.1.9. La escuela realista del derecho y sus fuentes principales del Derecho

La escuela realista jurídica no tiene objetos de estudio, ni métodos, ni fines iguales, muy semejante al tridimensionalismo jurídico y como han advertido los estudiosos sobre el realismo, entre el realismo jurídico escandinavo, genovés y estadounidense han tenido contacto, pero no han tenido una secuencia sistemática y evolutiva, sino que se han distinguido por sus intereses e ideologías.

Por eso, para el realismo jurídico escandinavo el objeto de estudio son los hechos jurídicos empíricos, su método es la verificación de las proposiciones jurídicas y su finalidad es la vigencia del derecho demostrada en la efectividad social, siendo además útil a las ciencias sociales; mientras que para el realismo jurídico estadounidense el objeto de estudio es la sentencia o jurisprudencia, el método que aplican está basado en las razones no jurídicas las que explican las decisiones, como factores políticos y económicos, y el fin de estudio es hacer del derecho un instrumento para la vida social encaminado a realizar fines humanos; finalmente con la escuela realista genovesa, el objeto de estudio es la norma, su método es la interpretación bajo criterios de individualización de factores económicos, sociales o tecnológicos, y el fin de estudio la defensa del constitucionalismo débil.

El *civil law*, también denominada familia romanística se inicia formalmente con el *Corpus Iuris Civili* (CIC), ésta familia se extendió y ha calado sus raíces a nivel mundial, por lo que el CIC viene a ser su principal fuente del Derecho, siendo así **la Ley su fuente principal**, pues fuera de ello no existe el Derecho mismo.

El *common law* tiene como **fuentes principales de Derecho al precedente** o sentencias dictadas por los jueces de acuerdo a las costumbres de su localidad o nacional, esta actividad obedece más a la experiencia de resolver casos, que darle importancia a cualquier otro tipo de fuente, sin embargo, no quiere decir que ésta familia no se rige por leyes, o Estatutos de sus Parlamentos, lo hace pero en menor incidencia o influencia, pues la forma en cómo un juez resuelve un litigio, lo hace a través de las costumbres, la equidad y la razón del pueblo.

Por lo tanto, para el realismo jurídico escandinavo y genoves la principal fuente del Derecho es la ley, porque siempre se dirigen a analizar la norma, aunque con distintos métodos, pero siempre analizan cómo ha de resolverse un determinado caso con la ley; mientras que la escuela realista estadounidense tiene como fuente principal a los precedentes, ya que su método es el análisis de los contextos políticos y económicos, dicho en pocas palabras de su costumbre viva.

7.1.10. La escuela relativista y su falta de fuente del Derecho

La escuela relativista del derecho, admite que el objeto de estudio es la justicia, pero a diferencia del iusnaturalismo que trata de buscar la verdad de ella, el relativismo aplica un método de sentimientos anti-cognocitivistas, es decir, que reduzcan a la justicia a una mera fórmula, sino que debe comprenderse como un bagaje de cultura, para que el fin de su estudio no sea la manipulación de la justicia vertida en intereses personales o contextuales de un determinado tiempo y lugar, que a través de fórmulas o métodos cognocitivistas tratan de justificar sus acciones.

La escuela relativista analiza también los valores jurídicos, sólo que lo hace desde un enfoque histórico, ya que los derechos han variado y cambiado con los regímenes de Estado, de tal suerte que no tiene una fuente principal del Derecho, ya que se encarga de analizar los valores de las fuentes del Derecho desde un punto de vista histórico.

Por lo tanto, la escuela relativista carece de una fuente de derecho. Por lo que podríamos decir, que dicha escuela más que resolver conflictos jurídicos, lo que hace es evaluar el producto de las fuentes del Derecho.

7.1.11. La escuela egológica del derecho y su falta de fuente principal del Derecho

La escuela egológica del Derecho fue fundada por Carlos Cossio, propone que el objeto de estudio sea la conducta coexistencial, luego como método de estudio es la interpretación jurídica de la conducta humana, la cual siempre debe partir analizando la percepción, justificación y proyección de la misma para luego recién el jurista sentencie acorde a las normas producidas por la misma conducta coexistencial; y esto es con el fin de que esa conducta sentenciada retorne nuevamente a la conducta coexistencial, caso contrario se estaría manipulando el proyecto coexistencial de la humanidad.

La escuela egológica no tiene una fuente principal del Derecho, porque se encarga de analizar las fuentes del Derecho para que estén acorde a los intereses existenciales del hombre.

Por lo tanto, la escuela egológica no tiene una fuente principal del Derecho, pero analiza que ley provenga de la naturaleza existencial del hombre, no una ley aprobada por consenso o por caprichos, sino que provenga de la verdadera naturaleza del hombre, para que vuelva a ella; al parecer aquí Cossio está afirmando como ha de ser elaborada la ley, como ha de interpretarse dicha ley para evitar las manipulaciones de ésta.

7.1.12. La escuela analítica del derecho y la ley

La escuela analítica del derecho tiene como método de estudio a la lógica formal deductiva, que a través de ello van a comenzar a elaborar un sistema normativo llamado lógica deóntica, es decir, utilizarán los elementos básicos de la lógica para hacer un sistema de normas jurídicas cerradas.

El *civil law*, también denominada familia romanística se inicia formalmente con el *Corpus Iuris Civili* (CIC), ésta familia se extendió y ha calado sus raíces a nivel mundial, por lo que el CIC viene a ser su principal fuente del Derecho, siendo así **la Ley su fuente principal**, pues fuera de ello no existe el Derecho mismo.

Por lo tanto, la fuente principal del Derecho que utiliza la escuela analítica del Derecho es la ley, porque el método que analiza para analizar la norma es la lógica formal deductiva.

7.1.13. La escuela de la argumentación jurídica y sus fuentes principales del Derecho

El método de estudio en la escuela de la teoría de la argumentación jurídica va variar las posiciones, ya que para Robert Alexy son las reglas de la justificación interna y externa, mientras para Atienza son las concepciones formal, material y pragmática, pero podríamos afirmar que existe una gran similitud entre ambas, porque Alexy le denomina justificación interna a las reglas de deducción lógica del paso de las premisas hacia la conclusión, lo mismo que Atienza en su concepción formal.

Casi es lo mismo cuando se compara la justificación externa con la concepción material que viene a ser el análisis de las premisas sobre su verdad o falsedad, sólo que lo analizan desde distintos puntos de vista o categorizaciones, pero Atienza es quién le da un plus a conformar en su teoría a la concepción pragmática que viene a ser la persuasión al auditorio, ya que por más que sean verdaderas las premisas y tengan una correcta validez de premisas, si no convence a su auditorio, no será posible de ser solucionado el problema, aunque también Alexy halla mencionado con anticipación que para que se dé una verdadera argumentación, el auditorio debe tener un lenguaje en común, de lo contrario tampoco habrá solución. Entonces decimos que la finalidad es casi la misma en las herramientas que utilizan, sin embargo, no en la sistematicidad.

El *civil law*, también denominada familia romanística se inicia formalmente con el *Corpus Iuris Civilis* (CIC), ésta familia se extendió y ha calado sus raíces a nivel mundial, por lo que el CIC viene a ser su principal fuente del Derecho, siendo así **la Ley su fuente principal**, pues fuera de ello no existe el Derecho mismo.

El *common law* tiene como **fuentes principales de Derecho al precedente** o sentencias dictadas por los jueces de acuerdo a las costumbres de su localidad o nacional, esta actividad obedece más a la experiencia de resolver casos, que darle importancia a cualquier otro tipo de fuente, sin embargo, no quiere decir que ésta familia no se rige por leyes, o Estatutos de sus Parlamentos, lo hace pero en menor incidencia o influencia, pues la forma en cómo un juez resuelve un litigio, lo hace a través de las costumbres, la equidad y la razón del pueblo.

Por lo tanto, las fuentes principales del Derecho que utiliza la escuela de la argumentación jurídica son la Ley y el precedente, ya que en el caso del primero la utilizará cuando los casos sean sencillos, mientras que hará uso del segundo cuando los casos sean difíciles, creándose muchas veces el derecho no positivado, esto es con el fin de proteger los Derechos Fundamentales intrínsecos a la persona que no necesariamente se encuentran plasmados en la Constitución.

7.2. MODELOS CONSISTENTES TEÓRICAMENTE

Del apartado anterior, nos pudimos percatar que no todas las supuestas escuelas jurídicas tienen una fuente principal del Derecho, por lo que podríamos separar en dos categorías a las escuelas jurídicas: (a) las que evalúan a las fuentes principales del Derecho y (b) las que utilizan las fuentes del Derecho, entonces si los primeros evalúan, quiere decir que en sentido estricto no pueden ser escuelas jurídicas, sino proyectos filosóficos que: o bien se están encaminando a ser una escuela jurídica propiamente dicha (con los elementos que se ha señalado en el capítulo II de la presente tesis), es decir, están en pleno desarrollo, o en todo caso son proyectos a evaluar todo lo concerniente al Derecho para una correcta aplicación de ésta.

Mientras los que utilizan las fuentes del Derecho, que al mismo tiempo éstas están ligadas a una forma de administración de justicia, implica que han sido utilizadas por el Estado para resolver conflictos jurídicos, no sólo teóricos, sino prácticos, pues su técnica de resolución es más avanzada.

Entonces, ahora que sabemos qué tipo de concepción de justicia, qué forma de gobierno y qué fuente principal de derecho utilizan las escuelas jurídicas podemos formar modelos consistentes para determinar en sentido estricto cuáles son escuelas progresivas y

degenerativas, pregunta que fue formulada al final del capítulo III, por lo tanto, los modelos que son consistentes los desarrollaremos a continuación.

7.2.1. La escuela del iusnaturalismo teológico

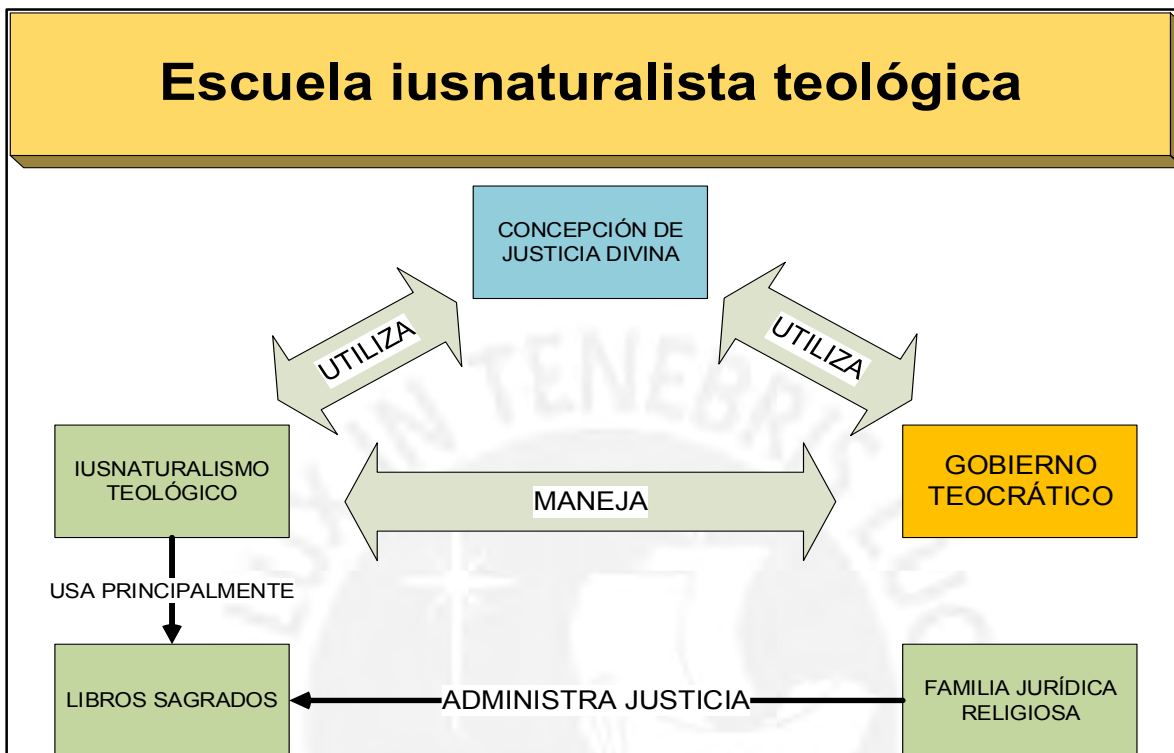


Figura 5. Modelo consistente de la escuela iusnaturalista teológica

Fuente: Vivanco Nuñez Pierre Moises

Desde la vertiente iusnaturalista teológica, posición de Santo Tomas de Aquino y otros teístas, se guían por una concepción de justicia divina, ya que estos iusnaturalistas se rigen por los libros sagrados de su religión, por lo que no hay más nada que buscar, sino seguir la ley divina brindada por su profeta, Dios o deidad.

La concepción de justicia que utiliza el gobierno teocrático es la divina, porque el hombre y su sociedad utilizarán como reglas y mandamientos que están plasmados en sus libros sagrados a fin de gobernarse.

La escuela jurídica que utiliza el gobierno teocrático es el iusnaturalismo teológico, porque el fin de estudio de la escuela iusnaturalista teológica es seguir las leyes divinas de sus libros sagrados, lo mismo que el gobierno teocrático, busca seguir el gobierno de sus libros sagrados, fuera de ello, no hay Derecho, ni gobierno.

La forma en que administra justicia la familia jurídica religiosa lo hace en base a los libros sagrados de su religión nacional, como lo han hecho en la antigüedad en distintas tribus cristianas, musulmanas, hindús, etc. cuando la ley del hombre complementaba ciertos parámetros para su convivencia, más no para la forma de gobernarse.

La fuente principal del Derecho que utiliza la escuela iusnaturalista teológica son los libros sagrados que tiene su cultura, porque sólo a través del análisis y la aplicación de sus libros sagrados pueden administrar de acuerdo a ellos una verdadera justicia.

Por lo explicado, la escuela iusnaturalista teológica ha sido una forma de administración de justicia aplicado por el Estado, cumpliendo así el requisito del filtro externo.

Además, la escuela iusnaturalista teológica ha pasado los filtros de (a) los elementos básicos y (b) la demarcación interna.

Por lo tanto, iusnaturalismo teológico cumple con todos los requisitos que debe tener una escuela jurídica. Su modelo se puede apreciar en la **figura 5**.

7.2.2. La escuela libre del Derecho

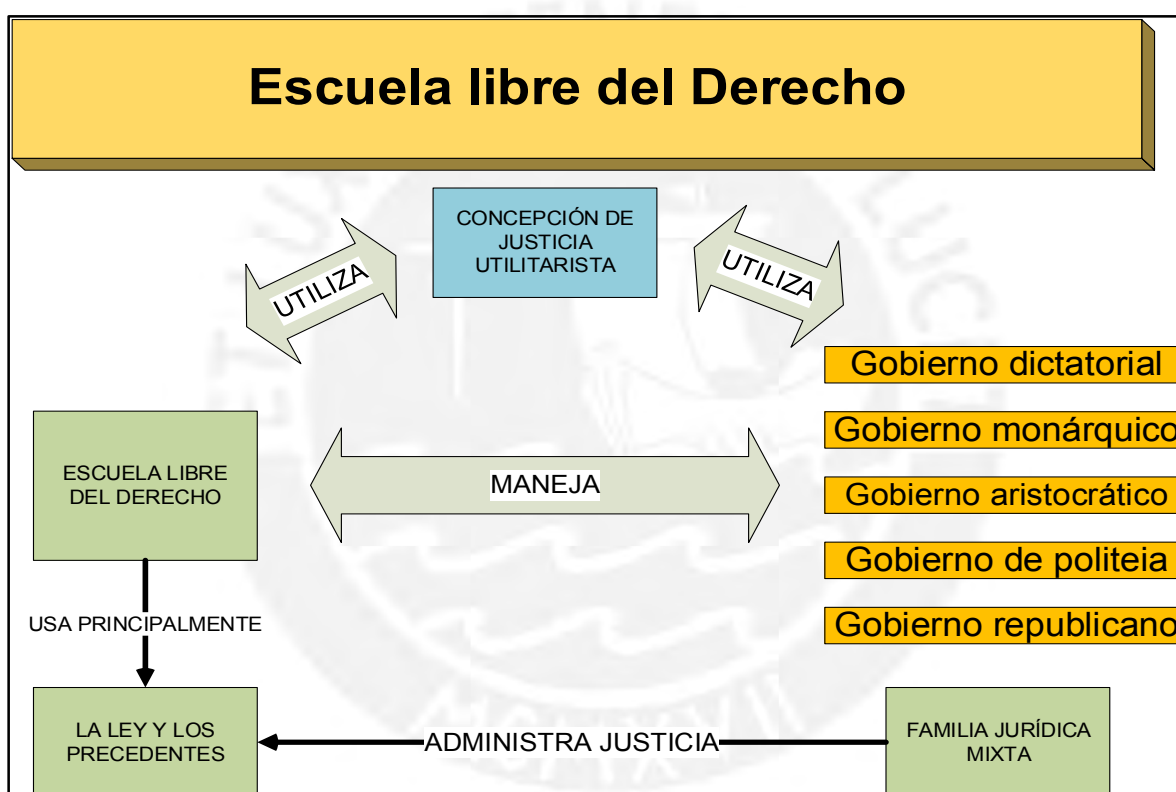


Figura 6. Modelo consistente de la escuela libre del Derecho

Fuente: Vivanco Nuñez Pierre Moises

La concepción que maneja la escuela libre del derecho es la concepción utilitarista ya que bajo el principio de utilidad el juez utilizará las herramientas que le sean necesarias.

La concepción de justicia que utiliza el gobierno dictatorial es la utilitarista, porque el dictador que es elegido legítimamente con determinado fin útil para el Estado se va a guiar por el principio de utilidad que beneficiará al máximo a su sociedad.

La concepción de justicia que utiliza el gobierno monárquico es la utilitarista, porque el rey elegido por el pueblo o por descendencia se guiará por el principio de utilidad para beneficiar los intereses de su pueblo, caso contrario será infeliz.

La concepción de justicia que utiliza el gobierno aristocrático es la utilitarista, porque el pequeño grupo de personas que son elegidas por el pueblo se guiarán por el principio de utilidad a fin de brindar las mejores decisiones a favor de su pueblo, de lo contrario su pueblo será infeliz.

La concepción de justicia que utiliza el gobierno de la politeia (denominada actualmente en su sentido positivo Democracia) es la utilitarista, porque el pueblo bajo representación directa o indirecta se guiará bajo el principio de utilidad a fin de favorecer a toda la población, caso contrario el pueblo será infeliz y habrá revueltas.

La concepción de justicia que utiliza el gobierno Republicano (denominada actualmente como un tipo democracia-en su sentido positivo-) es la utilitarista, porque el pueblo bajo representación del Senado o Congreso se guiará bajo el principio de utilidad a fin de favorecer a toda la población, caso contrario el pueblo será infeliz y habrá revueltas.

La escuela libre del Derecho al utilizar la concepción de justicia utilitarista puede ser manejada por un gobierno dictatorial, monárquico, aristocrático, de politeia y republicano, porque éstas también utilizan la concepción de justicia utilitarista.

La familia jurídica mixta determina su resolución de conflictos jurídicos, es decir, su función jurisdiccional dependiendo a la incorporación natural de sus fuentes del derecho, sin que esto signifique para la familia mixta que a veces utilizará uno por preferencia de acuerdo a la naturaleza del caso en concreto y a veces todas las fuentes en su conjunto, por lo que se da en: (1) la ley y el precedente, tal como sucede en el modelo Ingles y Estadounidense, sólo que para el segundo Estado, el precedente si puede modificar la ley, y en el primero no lo puede hacer; (2) el libro sagrado y la ley, aquí se ubican todos los países que en la actualidad aún se rigen por sus libros sagrados, ya que la ley del hombre sirve como complemento indispensable a los conflictos jurídicos surgidos en la realidad.

Las fuentes principales del Derecho que utiliza la escuela libre del Derecho son la Ley y el precedente, ya que en el caso del primero la utilizará cuando los casos sean sencillos, mientras que hará uso del segundo cuando los casos sean difíciles, por lo que aplicará las interpretaciones extensivas, restrictivas y analógica con la finalidad de resolver dicho caso, en pocas palabras creará derecho no positivizado.

La escuela libre al no poder modificar leyes a través de sus precedentes, gobierna la rule of law, es decir, el modelo Ingles.

Por lo explicado, la escuela libre del Derecho ha sido una forma de administración de justicia aplicado por el Estado, cumpliendo así el requisito del filtro externo.

Además, la escuela libre del Derecho ha pasado los filtros de (a) los elementos básicos y (b) la demarcación interna.

Por lo tanto, la escuela libre del Derecho cumple con todos los requisitos que debe tener una escuela jurídica. Su modelo se puede apreciar en la **figura 6**.

7.2.3. La escuela realista escandinava

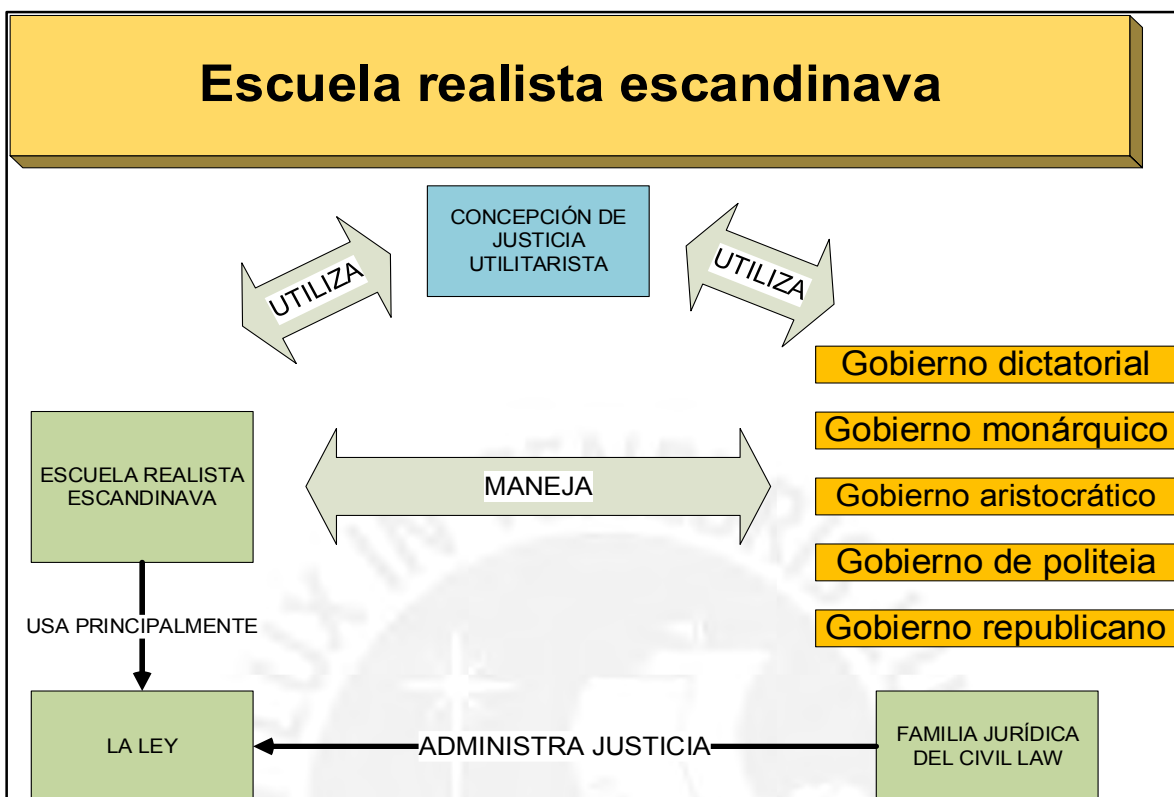


Figura 7. Modelo consistente de la escuela realista escandinava

Fuente: Vivanco Nuñez Pierre Moises

La escuela realista escandinava al tener el fin de mantener la vigencia del derecho demostrada en la efectividad social para la vida social, utiliza la concepción de la justicia utilitarista, porque manejan el principio de utilidad, es decir, el que brinde mayor felicidad a la nación, el brinde mayor provecho.

La concepción de justicia que utiliza el gobierno dictatorial es la utilitarista, porque el dictador que es elegido legítimamente con determinado fin útil para el Estado se va a guiar por el principio de utilidad que beneficiará al máximo a su sociedad.

La concepción de justicia que utiliza el gobierno monárquico es la utilitarista, porque el rey elegido por el pueblo o por descendencia se guiará por el principio de utilidad para beneficiar los intereses de su pueblo, caso contrario será infeliz.

La concepción de justicia que utiliza el gobierno aristocrático es la utilitarista, porque el pequeño grupo de personas que son elegidas por el pueblo se guiarán por el principio de utilidad a fin de brindar las mejores decisiones a favor de su pueblo, de lo contrario su pueblo será infeliz.

La concepción de justicia que utiliza el gobierno de la politeia (denominada actualmente en su sentido positivo Democracia) es la utilitarista, porque el pueblo bajo representación directa o indirecta se guiará bajo el principio de utilidad a fin de favorecer a toda la población, caso contrario el pueblo será infeliz y habrá revueltas.

La concepción de justicia que utiliza el gobierno Republicano (denominada actualmente como un tipo democracia-en su sentido positivo-) es la utilitarista, porque el pueblo bajo representación del Senado o Congreso se guiará bajo el principio de utilidad a fin de favorecer a toda la población, caso contrario el pueblo será infeliz y habrá revueltas.

La escuela realista escandinava al utilizar la concepción de justicia utilitarista puede ser manejada por un gobierno dictatorial, monárquico, aristocrático, de politeia y republicano, porque éstas también utilizan la concepción de justicia utilitarista.

El civil law resuelve sus conflictos, es decir, aplica su función jurisdiccional a través de la ley, como lo sigue haciendo modelo francés, en la que una vez planteada los principios y directrices constitucionales, ningún ente o Poder Estatal podía modificar la norma fundamental; de allí que los jueces si observaban una norma jurídica que vulneraba la Constitución o existía ambigüedad en ella, no podía intervenir y pronunciarse sobre las problemáticas legislativas.

El realismo jurídico escandinavo tiene como principal fuente del Derecho a la ley, porque siempre se dirige a analizar la norma para analizar cómo ha de resolverse un determinado caso con la ley.

Por lo explicado, la escuela realista escandinava ha sido una forma de administración de justicia aplicado por el Estado, cumpliendo así el requisito del filtro externo.

Además, la escuela realista escandinava ha pasado los filtros de (a) los elementos básicos y (b) la demarcación interna.

Por lo tanto, la escuela realista escandinava cumple con todos los requisitos que debe tener una escuela jurídica. Su modelo se puede apreciar en la **figura 7**.

7.2.4. La escuela realista estadounidense

La escuela realista estadounidense al tener fin de mantener la vigencia del derecho haciendo del derecho un instrumento social para la vida social utiliza la concepción de la justicia utilitarista, porque manejan el principio de utilidad, es decir, el que brinde mayor felicidad a la nación, el brinde mayor provecho.

La concepción de justicia que utiliza el gobierno dictatorial es la utilitarista, porque el dictador que es elegido legítimamente con determinado fin útil para el Estado se va a guiar por el principio de utilidad que beneficiará al máximo a su sociedad.

La concepción de justicia que utiliza el gobierno monárquico es la utilitarista, porque el rey elegido por el pueblo o por descendencia se guiará por el principio de utilidad para beneficiar los intereses de su pueblo, caso contrario será infeliz.

La concepción de justicia que utiliza el gobierno aristocrático es la utilitarista, porque el pequeño grupo de personas que son elegidas por el pueblo se guiarán por el principio de utilidad a fin de brindar las mejores decisiones a favor de su pueblo, de lo contrario su pueblo será infeliz.

La concepción de justicia que utiliza el gobierno de la politeia (denominada actualmente en su sentido positivo Democracia) es la utilitarista, porque el pueblo bajo representación

directa o indirecta se guiará bajo el principio de utilidad a fin de favorecer a toda la población, caso contrario el pueblo será infeliz y habrá revueltas.

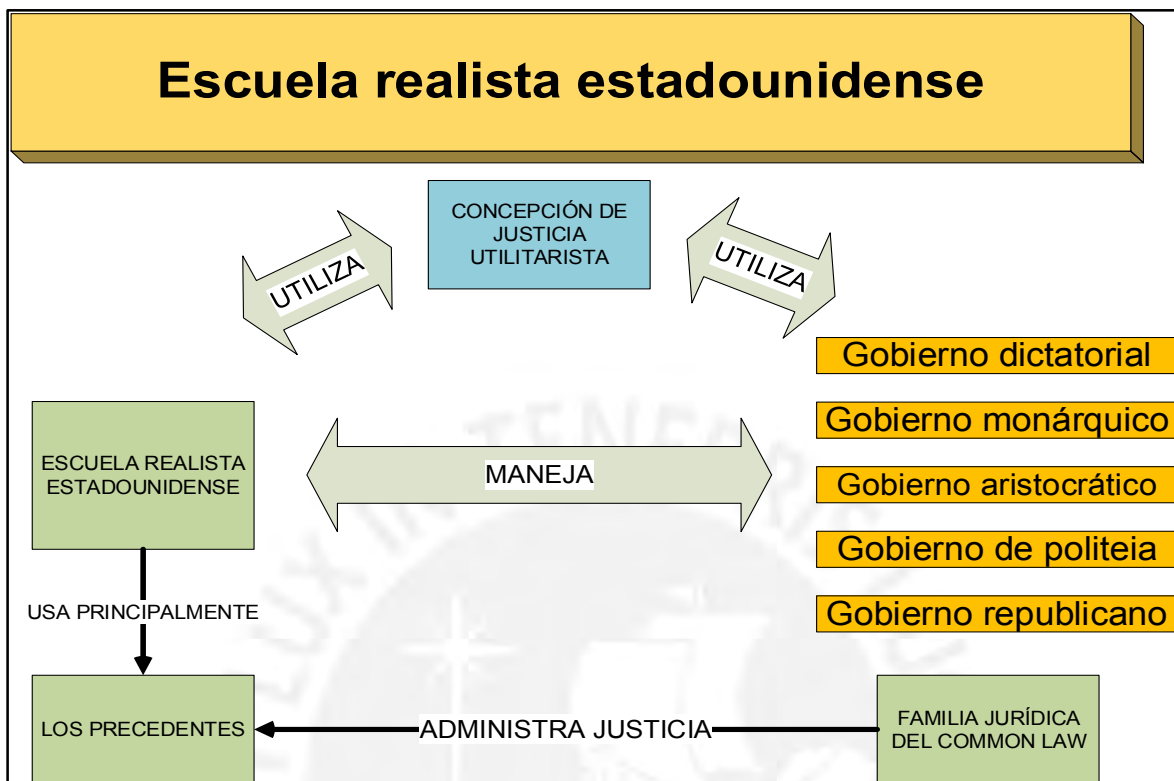


Figura 8. Modelo consistente de la escuela realista estadounidense

Fuente: Vivanco Nuñez Pierre Moises

La concepción de justicia que utiliza el gobierno Republicano (denominada actualmente como un tipo democracia-en su sentido positivo-) es la utilitarista, porque el pueblo bajo representación del Senado o Congreso se guiará bajo el principio de utilidad a fin de favorecer a toda la población, caso contrario el pueblo será infeliz y habrá revueltas.

La escuela realista estadounidense al utilizar la concepción de justicia utilitarista puede ser manejada por un gobierno dictatorial, monárquico, aristocrático, de politeia y republicano, porque éstas también utilizan la concepción de justicia utilitarista.

El common law resuelve los conflictos jurídicos, es decir, aplica su función jurisdiccional por medio de los precedentes, pero éste tipo de administración de justicia se dio en los inicios de un Estado, tal como se dio en la Roma Antigua cuya única fuente del Derecho era la costumbre, asimismo en los países anglosajones y nórdicos, cuando la ley aún no se instalaba y se guiaban por medio de costumbres, situación que en la actualidad, no hay ningún país que se guie sólo por la costumbre, porque han evolucionado.

La escuela realista estadounidense tiene como fuente principal a los precedentes, ya que su método es el análisis de los contextos políticos y económicos, dicho en pocas palabras de su costumbre viva. De tal suerte que, **los precedentes pueden cambiar la ley si es necesario.**

Por lo explicado, la escuela realista estadounidense ha sido una forma de administración de justicia aplicado por el Estado, cumpliendo así el requisito del filtro externo.

Además, la escuela realista estadounidense ha pasado los filtros de (a) los elementos básicos y (b) la demarcación interna.

Por lo tanto, la escuela realista estadounidense cumple con todos los requisitos que debe tener una escuela jurídica. Su modelo se puede apreciar en la **figura 8**.

7.2.5. La escuela del iusmarxismo

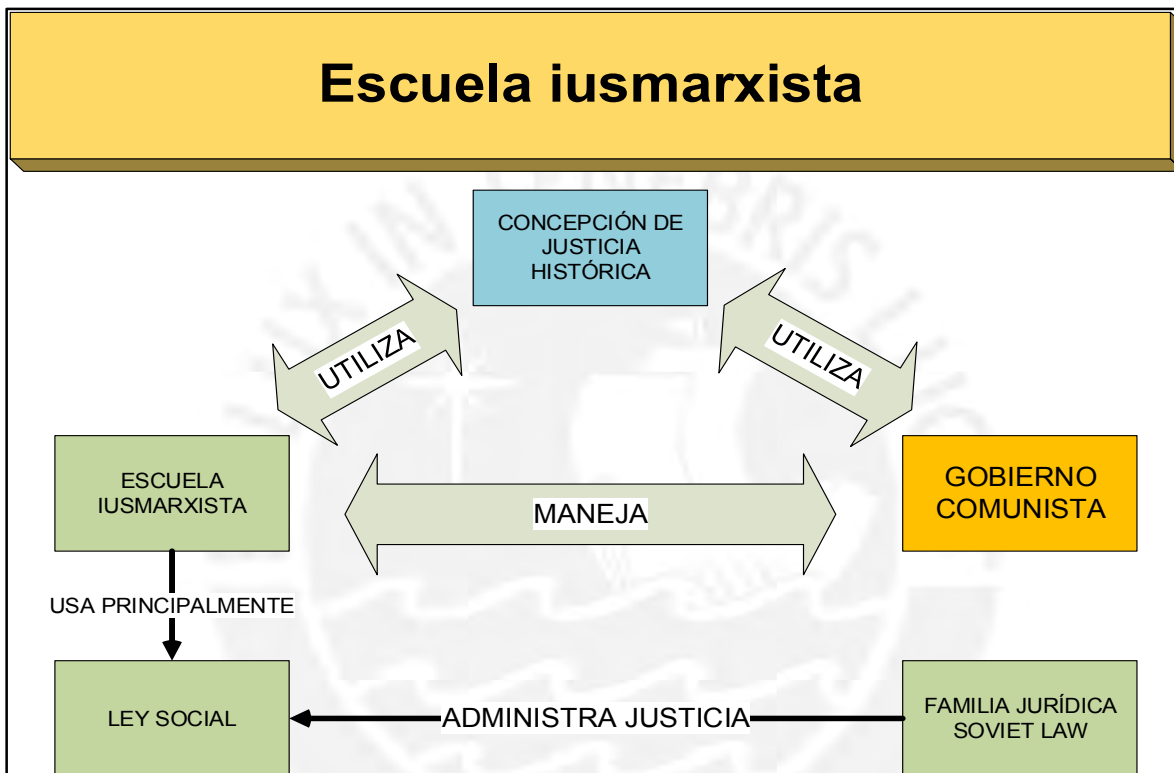


Figura 9. Modelo consistente de la escuela iusmarxista

Fuente: Vivanco Nuñez Pierre Moises

La concepción de justicia que utiliza el iusmarxismo es la historicista, porque el derecho es producto de las relaciones económicas de un Estado, y al ser el hombre, específicamente el proletariado el que es la fuente de trabajo, éste debe crear también el Derecho, pero un Derecho Social acorde su naturaleza social en un tiempo y espacio justificado.

La concepción de justicia que utiliza el gobierno comunista es la histórica, porque al ser el hombre el creador de sus relaciones de producción, es también creador de su superestructura entonces quien debe tomar las decisiones sobre lo mejor para él y su sociedad es el mismo pueblo, pero bajo el gobierno del proletariado.

Sólo la escuela del ius-marxismo puede ser manejado por el gobierno comunista, porque sus concepciones de justicia están basadas en que el hombre es creador de su superestructura ya que él es el productor de la economía y sus relaciones de producción, así cualquier otra forma de gobierno capitalista siempre irá en contra de los verdaderos intereses del pueblo.

El soviet law resuelve sus conflictos jurídicos (aplica su función jurisdiccional) por medio de la ley socialista, como lo hace el Estado de Cuba, China, Corea del Norte, Laos y Vietnam, países donde el Estado capitalista se ha apaciguado y es el autoritarismo del proletario o del trabajador la que prima, formando así una ley para ellos y por ellos, una ley o Constitución anticapitalista.

La fuente principal del Derecho que utiliza la escuela iusmarxista es la ley socialista, porque dicha ley contiene los verdaderos intereses del pueblo, siendo que al ser el proletario la fuente de las relaciones de producción es quién debe hacer el Derecho, es decir, la Ley por él y para él. Por lo que podríamos decir, que dicha escuela más que resolver conflictos jurídicos, lo que hace es evaluar el producto de la Ley.

Por lo explicado, la escuela iusmarxista ha sido una forma de administración de justicia aplicado por el Estado, cumpliendo así el requisito del filtro externo.

Además, la escuela iusmarxista ha pasado los filtros de (a) los elementos básicos y (b) la demarcación interna.

Por lo tanto, la escuela iusmarxista cumple con todos los requisitos que debe tener una escuela jurídica. Su modelo se puede apreciar en la **figura 9**.

7.2.6. La escuela de la teoría de la argumentación jurídica

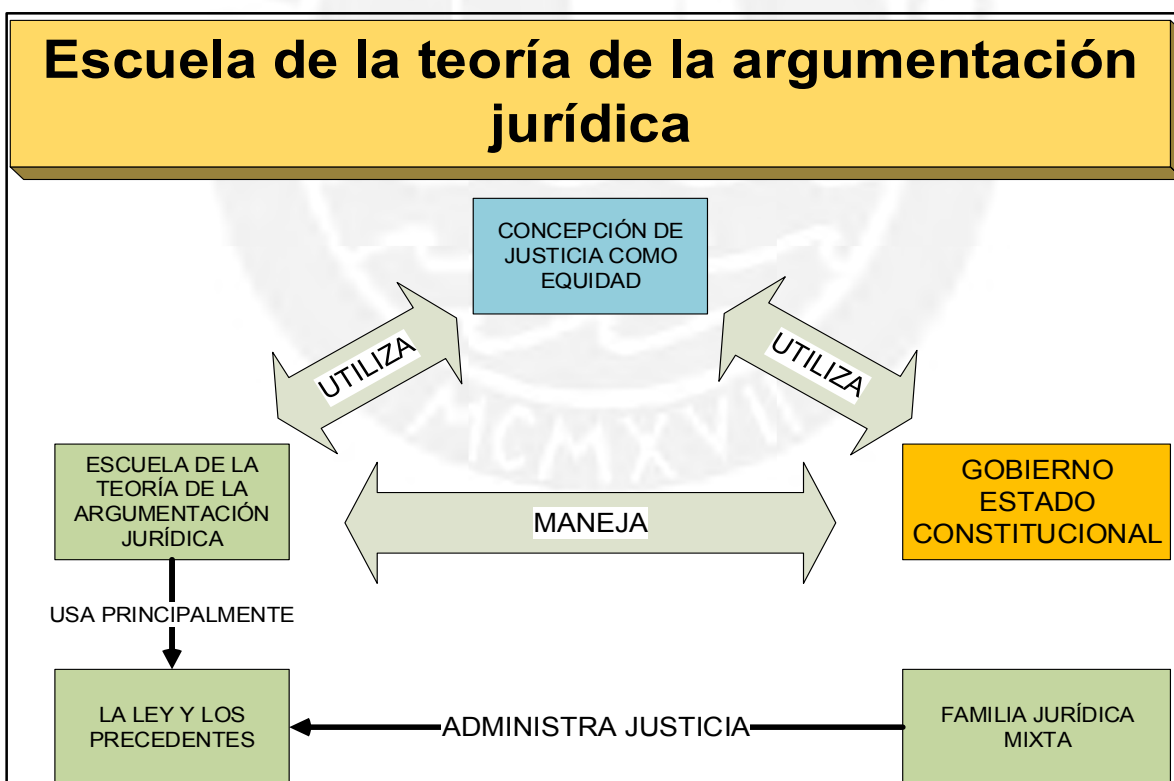


Figura 10. Modelo consistente de la escuela de la teoría de la argumentación jurídica

Fuente: Vivanco Nuñez Pierre Moises

La concepción de justicia que utiliza la escuela de la teoría de la argumentación jurídica es la de equidad, porque ambos tienen como fin la protección y vivacidad de la constitución hasta donde sea posible, de lo contrario, seguiría una injusticia porque no hay imperio de la razón, sino de la fuerza autoritaria o de algún grupo de poder.

La concepción de justicia que utiliza el gobierno del Estado Constitucional es la de la equidad, porque los gobernantes se someterán a la Constitución realizada por los intereses del pueblo, y dicha constitución fue creada por medio de la cooperación social, cuyos principios van a ayudar a la ciudadanía, tomando en cuenta que van a existir derechos fundamentales que no serán sometidos al voto, porque son de interés supremo a la persona.

La escuela de la teoría de la argumentación jurídica que utiliza la concepción de la justicia como equidad puede ser manejada por un gobierno de Estado Constitucional, porque ésta también utiliza la concepción de justicia como equidad.

La familia jurídica mixta determina su resolución de conflictos jurídicos, es decir, su función jurisdiccional dependiendo a la incorporación natural de sus fuentes del derecho, sin que esto signifique para la familia mixta que a veces utilizará uno por preferencia de acuerdo a la naturaleza del caso en concreto y a veces todas las fuentes en su conjunto, por lo que se da en: (1) la ley y el precedente, tal como sucede en el modelo Inglés y Estadounidense, sólo que para el segundo Estado, el precedente si puede modificar la ley, y en el primero no lo puede hacer; (2) el libro sagrado y la ley, aquí se ubican todos los países que en la actualidad aún se rigen por sus libros sagrados, ya que la ley del hombre sirve como complemento indispensable a los conflictos jurídicos surgidos en la realidad.

Las fuentes principales del Derecho que utiliza la escuela de la argumentación jurídica son la Ley y el precedente, ya que en el caso del primero la utilizará cuando los casos sean sencillos, mientras que hará uso del segundo cuando los casos sean difíciles, creándose muchas veces el derecho no positivizado, esto es con el fin de proteger los Derechos Fundamentales intrínsecos a la persona que no necesariamente se encuentran plasmados en la Constitución.

La escuela de la teoría de la argumentación jurídica puede modificar leyes a través de sus precedentes, ya que gobierna el Estado Constitucional de Derecho, es decir, el modelo estadounidense.

Por lo explicado, la escuela de la teoría de la argumentación jurídica ha sido una forma de administración de justicia aplicado por el Estado, cumpliendo así el requisito del filtro externo.

Además, la escuela de la teoría de la argumentación jurídica ha pasado los filtros de (a) los elementos básicos y (b) la demarcación interna.

Por lo tanto, la escuela de la teoría de la argumentación jurídica cumple con todos los requisitos que debe tener una escuela jurídica. Su modelo se puede apreciar en la **figura 10**.

7.3. ESCUELAS JURÍDICAS PROGRESISTAS

Lo que se hizo en el anterior ítem fue unir bajo una secuencia lógica las premisas a las que se llegó como conclusión en los capítulos II al VI, a fin de responder la pregunta del capítulo III que era: **¿De las supuestas escuelas jurídicas, cuáles se instauración como programa estatal de resolución de conflictos?**, y hasta el capítulo III de la presente tesis, sólo se había logrado responder que 12 escuelas jurídicas habían pasado el filtro de los elementos básicos que debe tener una escuela jurídica propiamente dicha, de igual forma todas ellas pasaron el filtro de la demarcación interna, por cuanto todas ellas contaban con seguidores a razón de sus publicaciones, y ello se demuestra cuando se analizó los papers o libros de cada supuesta escuela jurídica, por lo que solamente se debía averiguar, de las 12 cuántos se llegaron a instalar como programas de resolución de conflictos.

Y no es hasta el presente capítulo que por medio del ítem denominado: Modelos consistentes teóricamente se pasó a demostrar que sólo seis escuelas jurídicas llegaron a ser programas estatales de resolución de conflictos: (a) el iusnaturalismo teológico, (b) la escuela libre del Derecho, (c) la escuela realista escandinava, (d) la escuela realista estadounidense, (e) el iusmarxismo, y (f) la escuela de la teoría de la argumentación jurídica, puesto que eran consistentes con las concepciones de justicia, formas de gobierno, fuente principal del Derecho y familia jurídica, mientras las demás carecían de dicha evaluación. De esa manera, se ha respondido a la pregunta del capítulo III, sin embargo, queda preguntarnos nuevamente: de las seis escuelas jurídicas, cumplen con el requisito de ser **(a) actividad progresiva de resolver problemas de manera consistente**, para que finalmente sean consideradas escuelas jurídicas propiamente dichas.

Mediante el requisito previsto no podemos afirmar o negar, porque ello se debe contrastar con la realidad, por lo que se nos hace imposible saber cuál es progresista y cuál es degenerativa, en pocas palabras, no podemos decir cuál es la mejor y la peor, por lo que surge la siguiente interrogante: **¿cómo podemos saber cuál es progresista y degenerativa si no existe una comparación justa entre ellas, sino que sólo una imposición de utilizar cualquiera de ellas por el cambio de régimen o forma de gobierno?**, ésta pregunta formulada la analizaremos a fin de tener un planteamiento de problema más sistemático y elaborado, ya que la pregunta antes formulada sólo viene a ser el punto de partida para analizar la verdadera problemática de la presente tesis.

7.4. SURGIMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA PRINCIPAL

Al no saber cuáles son las escuelas jurídicas progresistas y degenerativas, la pregunta inmediata es: ¿cuál de ellas es la mejor para la administración de justicia?, para evaluar ello, se debe crear un criterio, la cual consiste en una lucha por la selección más coherente entre ellas (la que no presente inconsistencia), entonces para que se dé dicha lucha es necesario que todas las escuelas compitan al mismo tiempo, es decir, en forma paralela, ya que si se continúa haciendo como lo hacemos ahora, es decir, que por la inconmensurabilidad de diálogos entre las partes y el juez, a razón de que tienen una concepción de justicia distinta, finalmente se llega a imponer una determinada concepción de justicia a través de un espacio de resolución de conflictos, no podremos saber qué concepción de la justicia (juntamente con su escuela jurídica) es la mejor.

Para resolver ello, ahora es menester preguntamos entonces: ¿es posible que exista un tipo de administración de justicia que pueda al mismo tiempo administrar los demás tipos de administración de justicia?, o también podemos formular de la siguiente manera: ¿existirá alguna concepción de justicia que administre bien las demás concepciones de justicia que están en lucha?, pero no podemos realizar la siguiente pregunta: ¿es posible

que exista una escuela jurídica que administre bien la lucha de las escuelas jurídicas?, ya que per se una escuela jurídica tiene una concepción de justicia y una forma de gobierno para ejecutarse, sin embargo, una concepción de justicia prescinde de una escuela jurídica para ser como tal, en cambio cuando se habla de una administración de justicia o función jurisdiccional es necesario que esté ligado necesariamente a una concepción de justicia, de lo contrario no tendrá norte, por eso preferimos hablar de una concepción de justicia que administre a las demás concepciones de justicia.

De lo explicado, entonces estamos hablando si se puede crear una nueva concepción de justicia que permita a los ciudadanos elegir su tipo de concepción de justicia: divina, deontológica, utilitarista, analítica, histórica o de equidad, y que al mismo tiempo permita una confluencia armónica entre ellas.

Por lo tanto, surge la pregunta principal de la presente tesis: **¿Es posible fundamentar una nueva concepción de la justicia a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia?**, pero antes de responder ello, primero debemos responder: **si es posible superar la inconmensurabilidad de diálogos y la imposición de criterios de justicia entre el juez y las partes**; respuesta que brindamos solución en el capítulo VIII de la presente tesis.



CAPÍTULO VIII

SUPERACIÓN DE LA INCONMENSURABILIDAD Y LA IMPOSICIÓN DE CRITERIOS DE JUSTICIA ENTRE EL JUEZ Y LAS PARTES

8.1. PROBLEMÁTICAS EN LA FORMA DE ADMINISTRAR JUSTICIA

A lo largo de la presente tesis han surgido una serie de preguntas las cuales se instó una espera adecuada para responderlas en el presente capítulo, por lo que las preguntas fueron:

1. ¿Cómo debe percibirse sujeto cognoscente en un determinado sistema ya sea de corte epistemológico, judicial, gubernamental, etc.?
2. ¿Cuál es el objeto de estudio de determinado sistema ya sea de corte epistemológico, judicial, gubernamental, etc.?
3. ¿Cuál es el objeto de estudio del Derecho?
4. ¿Cómo darnos cuenta sobre qué método debemos utilizar en un determinado contexto o sistema ya sea de corte epistemológico, judicial, gubernamental, etc.?
5. ¿En un Estado unitario o federal donde por tradición existe una familia civil law, common law, soviet law, familia religiosa o mixtas, cómo pueden imponerse las formas de administrar justicia de acuerdo a escuelas jurídicas y sobre todo cómo pueden resolverse los conflictos jurídicos si uno es iusnaturalista y otro el iusmarxista, con qué criterio se debe resolver ése conflicto?
6. ¿Por qué nosotros, los ciudadanos, nos encontramos inconformes o desconfiados a las formas de resolver conflictos a través de una escuela positivista como a la neopositivista del Derecho?
7. ¿Por qué debemos conformarnos a sólo un tipo de administración de justicia?

Las preguntas del 1 al 5 han sido formuladas respecto la demarcación de lo que es una escuela jurídica, propios del capítulo III, mientras que las preguntas 6 y 7 han sido motivo de la función jurisdiccional del juez y las herramientas que han utilizado a lo largo de la historia para hacer justicia, cuestiones del capítulo VI; de tal suerte, que nosotros afirmamos la imposibilidad de responder las preguntas tanto del segundo como del quinto capítulo, a no ser que se contextualicen y se interrelacionen las unas con las otras, para lo cual pasaremos a desarrollar el primer bloque de preguntas, es decir, del 1 al 5 en el siguiente ítem.

8.2. CRITERIOS PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS DESDE CUALQUIER PERSPECTIVA JURÍDICA

Respecto al estudio de las escuelas jurídicas, se ha podido demostrar que mientras la persona o un conjunto de investigadores tengan en claro con qué tipo de programa o escuela jurídica quieran involucrarse para analizar un determinado objeto de estudio que ellos consideren que es materia de análisis para el Derecho, no existe problema alguno, es decir, que si una persona percibe al Derecho como una valor supremo racionalizado por el hombre o que dicho valor no sea producto de leyes atemporales que ha brindado un ser divino, automáticamente se está declarando un iusnaturalista racional, lo que significa que debe ser congruente y utilizar los métodos del iusnaturalismo racional teniendo como norte el fin de estudio de la mencionada escuela jurídica.

Lo explicado en el párrafo anterior es respuesta de la pregunta 1, 2, 3 y 4, ya que mientras la **pregunta (1)** interroga cómo debe percibir el hombre al Derecho, la respuesta es sencilla, simplemente lo debe hacer de acuerdo a un programa en específico del Derecho o una escuela jurídica que es lo mismo (claro debiendo entender en éste caso a escuela jurídica

en su sentido más lato o amplio, sin hacer los filtros aún como se ha dado en el capítulo VII) que considere qué es el Derecho, pues el hombre tiene múltiples cosmovisiones hacerse de sí mismo, de la naturaleza, de los sistemas o el universo, por lo que nadie puede prohibir cómo ha de pensar respecto a lo que debe ser el Derecho.

Respecto a la respuesta de la **pregunta (2)**, si el hombre o el investigador se han inclinado por una forma de visión sobre el Derecho, indudablemente tiene que enfocarse en el objeto de estudio que propone el programa o escuela que ha elegido, pues sería raro que afirme: “Yo soy iusnaturalista racional, pero el objeto de estudio que deseo analizar es la jurisprudencia”; o que diga “Soy un partidario de ver al Derecho como un sistema jurídico o un conjunto de normas, por lo que voy a estudiar los valores que Dios a impuesto”, cada escuela ya tiene de por sí, un objeto, un método y un fin de estudio congruente en sí mismo, la cual hace creer en dicha escuela jurídica.

Ahora, cuando a través de la **pregunta (3)** nos interroga, cuál es el objeto del estudio del Derecho, por lo entendido hasta ahora, no existe un solo objeto de estudio del Derecho, sino existen tantos objetos de estudio como programas o escuelas jurídicas existan; y finalmente con la **pregunta (4)**, la que nos dice, cómo darnos cuenta si estamos utilizando bien el método jurídico en un programa, pues lo estaremos utilizando idóneamente y correctamente cuando esté cumpliendo el fin de estudio de dicha escuela jurídica, ya que bien puede estar estudiando un investigador respecto al iushistoricismo, cuyo objeto de estudio es la jurisprudencia, mismo objeto de estudio que el realismo jurídico estadounidense, sólo que el fin de estudio es distinto en ambos.

Por un lado, el iushistoricismo tiene como fin de estudio es realizar sentencias con calidad de ciencia, y por otro extremo la escuela realista estadounidense tiene el fin de estudio es hacer del Derecho un instrumento social aplicativo que reconozca los intereses humanos del momento; entonces si se presentan distintos fines de estudio, el método también debe variar, por tal razón por el propio peso de cada escuela o programa, el método también será congruente con lo que busca, siendo para el iushistoricismo el método es utilizar la interpretación lógica, gramatical e histórica, y para el realismo jurídico estadounidense utilizar las consideraciones políticas y económicas del Estado para sentencias.

No hay problema cuando la persona o el investigador sigue el programa con coherencia, sin embargo, sí lo hay cuando una persona comienza a utilizar métodos no idóneos o de forma antojadiza para estudiar un determinado fenómeno jurídico, para evitar ello es necesario que los investigadores o interesados se comprometan más sobre el manejo de teorías de las escuelas jurídicas y evitar un anarquismo metodológico, epistemológico y filosófico (la cual no quiere decir que éstas no sean investigaciones en sentido estricto, sino que las soluciones pueden ser muy brillantes, pero con una duración vaga, sólo temporal).

Ahora bien, respecto a qué sucede si un iusnaturalista y un iuspositivista entran en conflicto respecto a un determinado bien o derecho subjetivo, con qué criterio deberá resolverse si cada uno tiene un programa o esquema distinto de resolver un conflicto, la respuesta a éste problema, que en realidad es motivo de la **pregunta (5)** es: “que cada escuela jurídica sentencie o realice justicia mediante los métodos y procesos sólo a sus miembros que supuestamente ha vulnerado un determinado derecho”; esto implica que la competencia de juzgar o realizar función jurisdiccional de cada escuela jurídica sólo aplicará los miembros que formen parte de ella, excluyendo a los miembros de otra escuela jurídica o ajena a ella, a fin de que los juzguen en congruencia a la concepción que tienen.

Ante la respuesta expuesta, no se vulnera el principio básico que ha perseguido el hombre desde la antigüedad: “el derecho a ser juzgado de acuerdo a la concepción que tiene”, lo que implica: pensar, hablar y actuar coherentemente de acuerdo a una determinada ideología, y ésta ideología al mismo tiempo está solucionando el problema de la responsabilidad del hombre, porque muy fácilmente el hombre ha tenido las oportunidades de escapar a su responsabilidad afirmando: “el conocimiento es relativo, por tanto la justicia también es relativa, lo que conlleva al precepto que lo que es justo para ti, para mí puede ser injusto y viceversa” o cuando dice: “la justicia que me han incorporado es injusta, porque ésta no se ajusta a los verdaderos ideales de justicia”, ya que cuando dicen ello, simplemente están afirmando que no está acorde a la justicia impuesta porque ellos tienen una concepción de justicia distinta.

Y, como se ha pasado a demostrar en el capítulo IV, cada supuesta escuela jurídica tiene una concepción de justicia coherente, lo que significa que, si una persona o investigador ya tiene predeterminado su escuela jurídica, ella también viene inherentemente una concepción de justicia y viceversa, ello al mismo tiempo conlleva a una forma de gobierno, una fuente del Derecho y a una familia jurídica en específico, tal como se demostró en el capítulo VII.

Entonces, sea cual fuere la frase o acto que invente el hombre que le permita escapar de sus responsabilidades ya sea porque la excusa sea: el sistema está mal; la ideología es negativa; el sistema es corrupto, por ello no lo sigo; etc.; con el derecho a elegir su concepción de justicia y a ser juzgado en base a ella, se le está dando la oportunidad de seguir, crear y/o realizar su propia escuela jurídica acorde a sus intereses, a sus derechos, a la forma en que desea ser juzgado, ello implica a regirse coherentemente a una serie de preceptos, principios o normas que desea ser juzgado; sin embargo, el lector más hábil pueda preguntarse lo siguiente: ¿Qué sucede si un grupo de personas quieren crear una escuela jurídica que vulnere los derechos de los demás y no los suyos?, dicho en pocas palabras que dese crear una ley del embudo, quizás como sucede ahora; frente a esa interrogante simplemente diríamos:

(a) Ante todo no sería una escuela jurídica de verdad, sino un instrumento ideológico de dominación cultural, y lo que pretende una escuela jurídica es la resolución de conflictos de forma sistemática acorde a una ideología para sus miembros; luego (b) para que pueda surgir una escuela jurídica deben existir miembros e investigadores activos que se sometan a sus reglas e ideologías, más no forzar a que ingresen coercitivamente miembros o investigadores a dicha escuela; y finalmente (c) para que pueda incorporarse una escuela jurídica como parte del sistema estatal, siendo una alternativa de resolución de conflictos altamente estructurada, no debe imponerse frente a las demás escuelas jurídicas o incorporar miembros a través de la fuerza o el miedo ya sea mediante la guerra u otros conflictos bélicos, sino incorporar a sus miembros por su poder de eficiencia y eficacia de resolver cuestiones jurídicas.

Quizá alguien pueda plantearse la siguiente interrogante: ¿Qué pasa si se crea una escuela jurídica en la que permita el aborto, la pena de muerte, el matrimonio homosexual, la eutanasia, o que no exista divorcio por adulterio, entre otros tipos de derechos, cómo considerar lo que es bueno y ético?, la respuesta también es sencilla, primero habría que observar si ésta escuela jurídica tiene fundamentos sólidos y métodos de resolución de conflictos adecuados coherentes, es decir, que el objeto de estudio, el método de estudio y el fin de estudio sean consistentes con la concepción de justicia que proponen y al mismo tiempo si guardan relación con la forma de gobierno; ahora bien, si en el hipotético caso

resulte coherente, tendría que pasar por el segundo filtro, el cual es, si tendría la acogida de tener investigadores activos trabajando para dicho sistema, y si a pesar de ello tiene miembros activos, entonces debería pasar por el tercer filtro, es decir, que al incorporarse como un programa estatal de resolución de conflictos, deberíamos preguntarnos si los ciudadanos tendrían el valor de elegir ése tipo de escuela jurídica; y aquí es donde llevamos a una reflexión al lector: se someterían a una escuela de ése tipo, dejen la respuesta a ustedes.

Debemos decir, que los miembros de una escuela jurídica no realizan un abandono fácilmente, pues para comenzar, no se trata de ir saltando de escuela en escuela jurídica para obtener los derechos que considero que más me van a beneficiar, y si en el hipotético caso existiera ello, es decir, si una persona perteneciente a una escuela jurídica siente que un derecho o una pequeña cantidad de derechos no le beneficia o gustan por ese momento, ésta persona decide salir de dicha escuela y trasladarse a otra escuela donde éstos derechos que en la anterior le estaban prohibidos, y luego de haber supuestamente haber satisfecho sus deseos de haber hecho lo que la otra escuela no le permitía, desea volver a su anterior escuela, la pregunta es: ¿un miembro que migra a otra escuela jurídica sólo por un mero capricho o satisfacción personal, es decir, una persona que sólo busca oportunismos puede ser bien recibida por la anterior escuela?, estoy seguro que la mayoría diría un no, pues no se trata de una persona seria; y en un pequeño porcentaje diría un sí, pues el hombre tiene derecho a errar.

Lo que nosotros sólo podríamos llegar a decir: que eso depende de las reglas y principios de una determinada escuela jurídica, ya que si se le permite el retorno, tal vez lo haga bajo ciertas sanciones o no, pues son las reglas de dicha escuela, una competencia distinta y si en caso no le permiten el retorno a su escuela; entonces igual será si no le permiten el ingreso de nuevo a dicha escuela porque son sus reglas, y no se le puede imputar desconocimiento al hombre, porque al vivir en una determinada escuela jurídica lo primero que debe hacer es saber las teorías, doctrinas, principios, facultades, derechos, forma de sancionar o juzgar y la estrategia de resolver un conflicto de acuerdo a sus leyes, y una vez capacitado forma parte de una escuela, situación que no le permite desconocer el modo de vida planteado, así no se le permite escapar de sus responsabilidades.

Bajo estos análisis, si pese a todo surge una escuela que permita el aborto, experimentación con humanos, venta legal de drogas, etc. (de lo cual dudamos, porque al entablar una consistencia entre sus elementos básicos de las escuelas jurídicas y la concepción de justicia, simplemente no fructificaría); deberíamos ver hasta dónde pueden captar miembros bajo esas reglas (es decir, si a alguien le gustaría ser tratado como un objeto por otros), pues como ya se advirtió, las reglas sólo sirven para sus miembros, no para los demás; decimos esto porque es fácil aprobar una ley o un sistema por mayoría de votos o al mejor argumento, que bien pueden ser comprados los votos o manipulados los argumentos, pero el mayor peso de la verdad es si su programa puede ser consistente con lo que pregona.

Y sí por allí, las personas se encuentran descontentas con su escuela jurídica, entonces simplemente se vuelve una escuela degenerativa o regresiva, la cual de forma inmediata sale del programa estatal, porque justamente ha cometido un acuchillamiento sobre sí mismo o en términos lakatianos ha realizado una inconsistencia ya sea de orden práctica o teórica, del cual queda como precedente para nunca más vuelva a surgir un sistema o escuela jurídica como tal, entonces así a través del tiempo nos podremos dar cuenta qué tipo de escuela jurídica a pesar de tener sus falencias, pues cada programa nace con anomalías y muere con anomalías, ha sido la mejor entre todas.

8.3. LIBERTAD SOBRE LA ELECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Al haber respondido el bloque de preguntas del 1 al 5, hemos justificado que, al existir conflicto con relevancia jurídica entre dos miembros de diferentes escuelas jurídicas, ésta se debe resolver necesariamente desde el enfoque de justicia que ha planteado una determinada escuela jurídica, lo cual evita la superposición infinita de estar elaborando un criterio de justificación ante un conflicto, como ya lo había dicho Pirrón de Elea.

Ahora bien, para responder las **preguntas (6) y (7)**, quizá ya hemos dado unas primeras luces mediante el ítem anterior, pero si nos enfocamos ante la **pregunta (6)**, diríamos que nos encontramos inconformes porque: (a) existe problemas de corrupción en los sistemas positivistas, escuela libre del Derecho y post-positivistas, en la que no existe una forma eficiente de sancionar a los operadores del derecho que trasgreden las normas, están las leyes, pero sus operadores están corruptos, existiendo en el Poder Judicial tráfico de influencias entre otros actos denigrantes; luego (b) porque no todas las personas tienen incorporado en sus mentes y sus formas de actuar el esquema positivista, de escuela libre del Derecho y post-positivista, situación que no se trata de obligar a pensar y actuar según una determinada forma de administrar justicia, porque eso implica que la persona “piense como iusnaturalista, pero hable y actúe como iuspositivista o post-positivista”; eso es traicionar las convicciones e ideales de una persona o un conjunto de ellas.

Y finalmente, (c) porque como advertíamos en el segundo capítulo, sólo puede llamarse escuela jurídica a la que quede incorporado como programa de resolución de conflictos en el Estado, pero estamos hablando de un programa altamente elaborado, y si los únicos programas altamente elaborados son la escuela libre del Derecho y la escuela de la argumentación jurídica (también denominados post-positivistas), éstas cuentan con los elementos básicos de una escuela jurídica, con la demarcación interna, ya que tienen más investigadores, científicos y teóricos, y sobre todo tienen el filtro de la demarcación externa, debemos preguntarnos, ¿por qué deben ser considerados como las únicas formas de resolver conflictos si funcionan mal?

Por tal razón, no debemos conformarnos tan sólo con esas formas de administrar justicia que adopta el Estado, sino que deben existir varias formas de administrar justicia de acuerdo a los preceptos, ideologías, fundamentos que consideran pertinente las personas, la soberanía popular; así es como resolvemos la **pregunta (7)**, porque es imposible que un Estado sólo contenga una forma de administrar justicia cuando existen varias escuelas jurídicas (en su sentido más amplio) y varios grupos con ideologías y concepciones de justicia distintas que proponen también formas de resolución de conflictos.

Estoy seguro que el lector se habrá cuestionado: ¿qué pasa si nadie quiere hacer evolucionar a las escuelas jurídicas?, dicho en pocas palabras, ¿qué sucede si tengo una forma de concepción de justicia o una escuela jurídica en específico, pero aún no ha evolucionado como tal, y como el programa es amplio yo no quiero evolucionarlo, sino que otro lo haga?, entonces diremos que el primer paso para un cambio de resolver conflictos es luchar por lo que el hombre quiere, si aún no estaba evolucionado, debe empezar a hacerlo, debe empezar a trabajar en ello, a fin de que encuentre la concepción de justicia que esté acorde a sus ideales y no pueda escapar a dicha responsabilidad, es cuestión de los interesados, de los investigadores y de los filósofos del derecho hacer emprender la evolución de sus escuelas jurídicas acorde a la concepción de justicia a la que se inclinen.

El hombre tienen la libertad de elegir la concepción de justicia que considere necesario, incluso de crear la concepción de justicia que desee, siempre en cuando también sea congruente y coherente en un triple sentido: “pensar, hablar y actuar”, el hombre tiene el derecho de elegir la concepción de justicia y a ser sometido de acuerdo a ése tipo de justicia, a lo que no tiene derecho es de propugnar incoherencias, como la de propugnar una determinada concepción de justicia juntamente con la aplicación de una determinada escuela jurídica, pero cuando llegue el momento de asumir su responsabilidad afirme que sea sometido de forma irregular o de acuerdo a otros ideales.

El hombre en vez de crear partidos políticos, debe crear o evolucionar su concepción de justicia juntamente con su escuela jurídica y que al mismo tiempo sea aplicado para el mismo, ya que es consciente de lo que ha creado, así ya no puede decir, el sistema creado es nefasto, sino que todo dependerá el compromiso que tenga con su escuela jurídica (en sentido amplio).

8.4. SISTEMA DE IDENTIDAD DE LOS MIEMBROS DE ESCUELAS JURÍDICAS

Si ya se ha delimitado como deben ser juzgados las personas acorde a una escuela jurídica, significa que las escuelas jurídicas van a funcionar en paralelo, por las preguntas que debemos responder son: **(a)** ¿cómo se podrían identificar objetivamente a los miembros?, y **(b)** ¿para que funcione deberán tener nacionalidad los miembros?, preguntas que responderemos a continuación.

Para responder las preguntas formuladas, antes debemos explicar que para que funcione un sistema de justicia que administre las diferentes concepciones de justicia, a lo que llamaremos en adelante: **una concepción de justicia a partir de la lucha de entre las escuelas jurídicas**, que quiere decir, un sistema de administración de justicia donde existan en paralelo múltiples escuelas jurídicas juntamente con sus concepciones de justicia, espacio donde las personas se adecuen y sean responsables a dicho sistema, implica cambiar la forma de entender a los Estados como actualmente las conocemos a nivel mundial, es decir, como un Estado que impone una determinada concepción de justicia.

El hecho de cambiar el viraje como entendemos a los Estados actualmente no implica cambiar su forma de economía o la visión política de buenas a primeras, porque dicho cambio se ajustará por el propio peso del sistema de justicia que adopten los ciudadanos, claro si son congruentes con lo que piensan, hablan y actúan; entonces lo que pretendemos decir es que no debemos ir contra de la economía o el orden institucional, sino que lo que pretendemos mejorar son los sistemas de justicia, que funcionen de forma distinta, una más elaborada y sistemática, esto es que los ciudadanos de dicho Estado estén plenamente identificados bajo una determinada escuela jurídica vigente y que el mismo Estado lo permita, caso contrario es imposible la propuesta.

Bajo la información acotada, la respuesta a la **primera pregunta**, sería que el Estado incorpore un sistema altamente elaborado de orden público, que nos permita saber de forma inmediata y con anticipación a qué escuela pertenece una persona en específico, un sistema semejante a la SUNARP y a la RENIEC donde permita inscribir a la persona sobre la concepción de justicia a la cual tiene inclinación y al mismo tiempo a la escuela jurídica que guarde una coherencia lógica de ella a fin de que sea juzgada por ése sistema, dicho sistema se llamará: Sistema de Identificación de Escuela Jurídica;

Ahora bien, qué sucede si una persona que ya se ha inscrito en una determinada escuela jurídica justamente con sus concepción de justicia ha cometido un delito o quebrantado la ley según dicho sistema de justicia y cuya sanción sea la pena de muerte, dicha persona puede apelar el derecho a elegir la concepción de justicia que sea de su agrado, y decide cambiar de sistema donde quizás no se ha previsto dicho quebrantamiento de ley donde la sanción sea irrisoria, la pregunta es: ¿estaría escapando de la justicia? Y mejor planteado sería ¿está escapando a sus responsabilidades?, la respuesta sería no, porque para ello hemos previsto una solución razonable para que no escape a sus responsabilidades de su escuela jurídica.

Para que una persona se traslade a otra escuela jurídica juntamente con una concepción coherente a dicha escuela, debe cumplir con tres requisitos: (1) no debe tener proceso pendiente en dicha sistema al cual se ha integrado, (2) el traslado debe tramitarse ante el sistema de justicia al que esté integrado y dicha institución debe hacer público la decisión de dicha persona por el tiempo de tres meses a su comunidad y a los demás sistemas que desea abandonar su sistema adjuntando sus razones, y (3) que antes de que deje el antiguo sistema, debió haber obtenido la aceptación del sistema al cual desea incorporarse, cuya aceptación debe ser público por el espacio de un mes, dando aviso a su sistema y a los demás sistemas; todo ello evita que el hombre evada sus responsabilidades, más al contrario haga público en el mencionado sistema altamente elaborado su concepción de justicia, las razones por las que está abandonando la mencionada escuela jurídica juntamente con su concepción de justicia y publique también el por qué se está incluyendo o formando parte del nuevo sistema al que se incline.

Pongamos un caso en concreto, el alcalde del lugar X del país Y ha trasgredido una norma cuya sanción es Z y está regido bajo el sistema A (escuela jurídica que está en consistencia con la concepción de justicia, forma de gobierno, fuente del derecho principal y familia jurídica), pero como le parece que la sanción es muy drástica por los actos de corrupción, decide cambiar al sistema B, para comenzar le sería imposible porque tiene un proceso pendiente, sin embargo, si pese a todo no se le abre proceso y tienes deseos de trasladarse al sistema B, la población entera va a desconfiar de dicho alcalde porque no es consistente con lo que piensa, habla y actúa, lo verán como un mero oportunista y la misma población nunca más votará por él, ni por sus allegados, ya que por deducción, qué miedo o temor puede tener un funcionario público si piensa, por ejemplo, como iusnaturalista teológico, habla como tal y actúa como debe, a menos que sea un demagogo, que diga pensar como iusnaturalista teológico, hable como tal, pero quiere que se le trate de acuerdo a otra escuela jurídica.

De esa manera, pues también existen, personas que piensan como iusmarxistas, hablan como tal, pero quieren ser tratados bajo las leyes o en todo caso procesados con las leyes capitalistas, una persona no cambia de parecer o forma de pensar sobre la concepción de justicia que propaga de la noche a la mañana, pues tiene fuertes convicciones en lo que cree, ahora que busque la conveniencia o el oportunismo, cambiando de la noche a la mañana su concepción de justicia es lo que el hombre ha hecho desde siempre, porque no quiere asumir las responsabilidades de lo que en vos fuerte ha pensado, ha dicho y ha actuado.

Respecto a la **segunda pregunta**, no es necesario que desaparezca las nacionalidades, porque lo que pesa más que la misma nacionalidad o el supuesto patriotismo es la libre elección de la concepción de justicia de las personas, ya que si las personas supuestamente quieren ser socialistas, van a luchar por tener y vivir un socialismo o comunismo, para ello

los líderes políticos, investigadores y demás miembros que vayan incorporándose, también deben ser congruentes con lo que piensan, hablan y actúan, de lo contrario, nunca surgirá como debe de ser dicha escuela jurídica consistente o sistema; lo que tratamos de decir es que la forma de economía que realice el hombre dentro de dicho sistema es consecuencia de la congruencia a dicho sistema (a su concepción de justicia), por ello afirmamos que primero nace la concepción de justicia, juntamente a éste su escuela jurídica, luego su forma de gobierno, después su fuente principal del Derecho juntamente con su familia jurídica, para luego recién forme su economía acorde a todo ello.

8.5. IDENTIFICACIÓN DE REGLAS

A lo largo de la tesis y sobre todo del presente capítulo han surgido una serie de reglas que han estado de apoyando nuestros argumentos sobre una concepción de justicia a partir de la lucha de escuelas jurídicas, de tal suerte que ahora sistematizaremos para poder identificarlas de forma más rápida y didáctica, esas reglas son:

- 1) El hombre es responsable sí y sólo sí es coherente con lo que piensa, habla y actúa.
- 2) El hombre comete una contradicción cuando no se somete a un proceso judicial de acuerdo a lo que piensa, habla y actúa.
- 3) En un Estado evolucionado deben existir varias formas de administrar justicia que evite la contradicción de la ideología del hombre entre lo que piensa, habla y actúa.
- 4) La función principal de que el hombre tenga una determinada concepción de justicia es pensar, hablar y actuar con coherencia, a fin de que el hombre asuma sus responsabilidades.
- 5) Para que funcione en forma básica la concepción de justicia a partir de la lucha de escuelas jurídicas debe modificarse la constitución del Estado.
- 6) Cualquier Estado evolucionado debe permitir la incorporación de una concepción de justicia a partir de la lucha de escuelas jurídicas en su constitución política.
- 7) Una escuela jurídica es aquella que cumple los requisitos de los elementos básicos, delimitación interna y delimitación externa.
- 8) Una supuesta escuela jurídica es aquella que cumple sólo los requisitos de los elementos básicos y demarcación interna.
- 9) Una escuela jurídica en potencia es aquel prototipo doctrinario que cumple con ciertas partes de los requisitos de los elementos básicos y ninguno de las partes de la demarcación interna y demarcación externa.
- 10) Una escuela jurídica necesariamente tiene una consistencia con una determinada concepción de justicia, una forma de gobierno y un sometimiento a una o más fuentes principales del Derecho.
- 11) Una escuela jurídica que es consistente con su concepción de justicia, forma de gobierno y fuente principal emplea una familia jurídica en específico.
- 12) Una escuela jurídica que es consistente con su concepción de justicia, forma de gobierno, fuente principal y familia jurídica es necesariamente aprobada por el Estado para administrar justicia.
- 13) Toda persona tiene el derecho de pertenecer a una determinada escuela jurídica aprobada por el Estado.
- 14) Toda persona tiene el derecho a trasladarse a otra escuela jurídica aprobada por el Estado.
- 15) La persona que desee trasladarse a otra escuela jurídica debe exponer sus motivos ante su sistema de administración de justicia a fin de hacer público su cambio a los miembros de su escuela jurídica y de las demás escuelas jurídicas, ello debe ser por el espacio de 3 meses desde su deseo de traslado ante el sistema.

- 16) La persona no podrá trasladarse a otra escuela jurídica siempre en cuando tenga un proceso pendiente en su escuela jurídica.
- 17) La persona no podrá trasladarse si no ha sido aceptado por otra escuela jurídica aprobada por el Estado.
- 18) Para que funcione perfectamente la concepción de justicia a partir de la lucha entre escuelas jurídicas, todas las personas deben estar inscritas una determinada escuela jurídica aprobada por el Estado.
- 19) Para que funcione en forma básica la concepción de justicia a partir de la lucha entre escuelas jurídicas, debe existir en un Estado por lo menos 2 escuelas jurídicas aprobadas por el Estado y miembros inscritos en dichas escuelas.
- 20) Para ser miembro de una escuela jurídica aprobada por el Estado deben inscribirse en el Sistema de Identificación de Escuela Jurídica.
- 21) El Sistema de Identificación Escuela Jurídica es un sistema altamente elaborado que permite el acceso para la verificación del estatus de los miembros de diferentes escuelas jurídicas.
- 22) Toda persona tiene el derecho de evolucionar a una supuesta escuela jurídica o a una escuela jurídica en potencia.
- 23) Toda persona tiene el derecho de crear una escuela jurídica que sea aprobada por el Estado
- 24) Las reglas que utiliza una determinada escuela jurídica aprobada por el Estado sólo es válida para los miembros de ésa escuela.
- 25) Los conflictos entre un miembro de una determinada escuela jurídica aprobada por el Estado con un extranjero o con aquellos que no tienen una determinada escuela jurídica serán resueltos bajo las leyes que impone cada uno de sus sistemas.
- 26) Es totalmente posible que una determinada escuela jurídica estipule en sus leyes que en caso de conflictos con personas que no tengan escuelas jurídicas aprobadas por el Estado, las personas que han entrado en conflicto se rijan por las leyes extranjeras de su proveniencia.
- 27) El acto de estipular leyes que coloquen a los miembros de una determinada escuela jurídica se resuelvan bajo las leyes de los extranjeros se fundamenta en la sanción por el hecho de haberse involucrado con personas que no tienen su misma concepción de justicia y al mismo tiempo de no acusar de injusta a su escuela jurídica porque tenía en conocimiento sus responsabilidades.
- 28) La evolución de una supuesta escuela jurídica en un primero momento plantea su concepción de justicia; luego la escuela jurídica a la que se adecua, determinando su(s) fuente(s) principal(es) del Derecho y familia jurídica; después la forma de gobierno a la que debe regirse; y finalmente hacer surgir la forma de economía que elige la población en coherencia a lo que promueve.
- 29) La lucha de escuelas jurídicas promueve que entre ellas asuman la responsabilidad de demostrar qué concepción de justicia a medida que avanza el tiempo sigue siendo consistente y resuelve de forma eficaz sus problemas jurídicos.

De esa manera, han surgido 29 reglas, que también pueden ser asumidas a modo de resumen de todo lo que se ha podido exponer hasta el momento.

8.6. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Al haber corroborado que el rechazo se debe a que los ciudadanos se sienten frustrados a razón de que existe una incoherencia entre lo que piensan, hablan y actúan sobre su ideología de escuela jurídica, es porque la mayoría de personas se sienten presionados a recurrir a una administración de justicia que: (1) no es de su agrado, (2) existe una desconfianza científica, sistémica y temporal, y sobre todo (3) porque siente que traiciona

su ideología original de concebir al Derecho, es decir, qué pasa si es un buen practicante de una ideología iusnaturalista teológica o racional, pero cuando existe un conflicto jurídico, él tiene que traicionar sus preceptos de pensar, hablar y actuar como iusnaturalista, para ir al Poder Judicial y lo obliguen a pensar, hablar y actuar como positivista, de escuela libre del Derecho o como pos-positivista (escuela de la argumentación jurídica), pese a que en la constitución se defiende la libertad de pensamiento, ideología, credo, etc., y esto es porque no existe un derecho a elegir la concepción de justicia que desea el hombre.

El problema de ingresar a un sistema de justicia impuesta por el Estado, es que los ciudadanos se sienten traicionados cuando existen casos controversiales y se desea resolver conforme a un sistema distinto de administración de justicia, por ejemplo, cuando se tiene que resolver un caso sobre trasfusión de sangre a niño cuyo hogar pertenece a la religión Testigos de Jehová, el sistema jurídico se impone sobre la libertad religiosa, concluyendo sanciones incluso para los padres, esto es porque supuestamente un sistema o programa de investigación se cree que es mejor que el otro.

Los hombres o ciudadanos tienen toda la facultad de crear y ejecutar una escuela jurídica bajo los elementos en esta tesis expuesta, para que así una vez firmes y sólidas los fundamentos metodológicos, epistemológicos y filosóficos de una escuela jurídica comience a incorporarse en el programa de un Estado, sea motivo para los ciudadanos hacerse miembros de esa escuela jurídica, evitando que sea por una cuestión de moda o de coacción (como la que estamos viviendo ahora), sino porque la población y la ciudadanía sentirá seguridad y confianza sobre la científicidad de resolver un conflicto jurídico y los derechos que protege y que además este acorde a su concepción de justicia, como ya se ha visto.

Los ciudadanos al incorporarse a una escuela jurídica propiamente dicha, serán miembros que conozcan sus deberes y obligaciones que guardarán relación con sus principios e ideologías, pues por algo se están haciendo miembro de una determinada escuela jurídica, para lo cual en ningún momento podrán alegar o afirmar: “lo que es justo para mí, es injusto para ti” o “maldito sea el sistema en el que vivo”, por lo que no podrán escapar a su deber ser con responsabilidad, y si aún están inconformes con la escuela, tiene la posibilidad de crear o en todo caso migrar a otra, quedando siempre en claro, que si no le gusta la nueva escuela a la cual ha migrado y desea retornar, eso dependerá de las reglas de dicha escuela.

En el supuesto caso en que exista conflictos entre dos miembros de escuelas distintas, el problema se resolverá de acuerdo a las reglas de los miembros de su determinada escuela jurídica, tal es el ejemplo que, si una persona ha falsificado un documento para realizar un contrato de mala fe con otra persona, de forma individualizada, cada miembro de su escuela jurídica será juzgado de acuerdo a las reglas ya determinadas por su escuela jurídica.

Casi lo mismo sucede cuando se ingresa en conflicto con personas que no son miembros de una determinada escuela jurídica aprobada por el Estado y los que sí lo son, esto se da porque como siempre existe oposición, no todos en un inicio y estamos seguros que no todos van a querer cambiar sus formas de administrar justicia, porque ello demanda capacitación, cambio el paradigma académico y sobre todo presupuesto estatal, sin embargo, poco a poco se puede dar el cambio, pero volviendo al asunto expuesto, la solución debe ser en los casos graves donde se dé este conflicto se rijan bajo las leyes de los que no son miembro, y cuando sean leves y no rompan el núcleo del sistema se apliquen

las reglas de cada sistema para cada miembro; para la primera solución los investigadores deben prever ésta situación y lo mejor para su escuela jurídica.

Entonces, para establecer esas reglas y no existan vacíos potenciales a ellas para juzgar coherentemente; los científicos, filósofos y miembros de un programa o de una escuela jurídica deberán prever todo ello, porque justamente allí es donde radica la fuerza de ésta, en su gran poder de predictibilidad y forma de resolver conflictos, sólo así la tutela jurisdiccional será mucho más efectiva y potente.

La idea no es la aprobación de una concepción de justicia que guste un determinado grupo de poder, o a los mismos ciudadanos, sino que por el propio peso de las consistencias de las escuelas jurídicas aprobadas por el Estado se impongan frente a las demás, por tal razón se espera una lucha de las concepciones de justicia, pero teorizar sobre una concepción de justicia por sí sola no dice nada, porque con las concepciones de justicia analizadas en el primer capítulo sólo se pueden formular casos hipotéticos en las cuales se pueden encontrar problemas o limitantes a su ideología o propósito, por lo que siempre viene a ser una discusión de gabinete.

Lo que se quiere es ver cómo éstas concepciones de justicia van a la práctica y sobreviven a una competencia sana y de consistencia práctica, de tal suerte que las concepciones de justicia se manifiestan, como se ha podido corroborar, a través de escuelas jurídicas, y las escuelas jurídicas para que funcionen necesitan de una forma de gobierno en específico, y dicha forma de gobierno se rige bajo una fuente principal del Derecho, y dicha fuente principal del Derecho se guía por las razones y contextos de una familia jurídica en específico y dicha familia jurídica se manifiesta en una función jurisdiccional en particular.

En resumen, podemos decir que para saber qué concepción de justicia es la más adecuada o valga a decir, cuál es el menor mal, tenemos que pasar primeramente por una lucha o competencia de justicias en su misma práctica, buscar una concepción de justicia a partir de la lucha de escuelas jurídicas, lo que significa volver al principio o formatear los sistemas de justicia, pero sin eliminar su trayectoria, sino saber cuál es la mejor justicia a través de una nueva concepción de justicia metateórica.

Ahora bien, para que exista una convivencia a través de una administración de escuelas jurídicas, es necesario realizar una constitución altamente elevada en conocimientos que resguarde la protección de creación, extinción, conflictos y supervisión entre escuelas jurídicas, dicho en pocas palabras: **Fundamentos para una concepción de justicia a partir de la lucha de entre las escuelas jurídicas.**

CAPÍTULO IX

FUNDAMENTOS PARA UNA CONCEPCIÓN DE JUSTICIA A PARTIR DE LA LUCHA ENTRE LAS ESCUELAS JURÍDICAS

9.1. NOCIONES DE UNA TESIS TEÓRICA

Al tratarse de una investigación de corte filosófico jurídico, y en sentido estricto teórico, de acuerdo a Jesús Mosterín (2011: 150) existen tres formas de hacer teorías científicas, o en todo caso tres concepciones de hacer investigaciones teóricas: (a) concepción sintáctica, (b) concepción semántica, y (c) la concepción informática, y para nuestra situación se hará uso de la tercera teoría.

La concepción informática según Mosterín (2011: 157) fue introducida por Solomnoff, la que consiste en comprimir grandes cantidades de información recogidos a través de distintas investigaciones para convertirlos en modelos, algoritmos, axiomas, ecuaciones, principios, etc. Y hacer en base a ellos una teoría.

De esa manera, toda teoría científica debe contener cuatro propiedades básicas: **(a) consistente**, que sus propiedad cumplan con las leyes de la lógica formal: identidad, no contradicción y tercio excluido, por lo que las formas de resolver un problema o la misma solución no se contradigan entre ellas; **(b) completa**, que pueda responder a todas las problemáticas nacidas en la teoría, dicho en mejores palabras, que si alguien realiza una pregunta o una problemática acerca del núcleo de soluciones de la teoría, la teoría debe responder, caso contrario no es completa; **(c) axiomatizable**, que cualquier conjunto de axiomas, ecuaciones, principios, fórmulas, etc. deben estar clausurados respecto a sus consecuencias, es decir, que los principios deben ser finitos y que las soluciones sean demostrables a partir de los mismos principios y no de otros principios ajenos; y **(d) categórica o polifórmica**, esto implica que los modelos, las ecuaciones, los principios, etc. que pertenecen a un mismo dominio de unidades y estructura son categóricas porque son semejantes entre sí, de lo contrario si son de distintas unidades y/o estructura son polifórmicas (Mosterín 2011: 188-195).

Sin embargo, debemos aclarar que si bien se deben tener en cuenta las propiedades mencionadas, Mosterín recalca que ello es una utopía, ya que a través de la teoría de la incompletitud de Godel se demostró que una teoría sólo puede tener dos de esas propiedades, es decir: "(...) una teoría puede ser consistente y completa, pero entonces no es axiomatizable; la teoría puede ser consistente y axiomatizable, pero entonces no es completa; la teoría puede ser completa y axiomatizable, pero entonces no es consistente." (2011: 197); pero al mismo tiempo también llega a decir: "(...) La única condición de las que yo he enunciado aquí que podemos exigir, en cualquier caso, de cualquier teoría, es la consistencia (...)" (2011: 197); por lo tanto, la investigación teoría en el presente caso tornará el sentido o dirección de ser "consistente y completa" o en todo caso "consistente y axiomatizable", eso dependerá de la misma naturaleza de la investigación.

Todo esto con la finalidad de introducir al lector y a los interesados qué elementos debe contener una investigación de corte teórica y evitar contrargumentos o paradojas de inconsistencia.

Además se advierte que la investigación en curso de naturaleza filosófica-jurídica (en algunos casos también lo denominan teórico) **no implica que ésta deba eximirse de demostración**, porque como lo explica Popper (1994: 60) en su libro Conjeturas y Refutaciones, a pesar de ser la investigación muy abstracta, verbigracia, la Teoría de Albert

Einstein, ésta era factible de refutación, o en todo caso de ser falseada mediante un test o contraejemplo, con la finalidad de rechazar o confirmar la teoría, por ello, el profesor Eddington al realizar la prueba de hipótesis sobre la teoría de Einstein tuvo un resultado exitoso, es decir, de confirmación.

9.2. EL MÉTODO DE INVESTIGACIONES TEÓRICAS

9.2.1. Razones hacia el tema de investigación

Posiblemente, para las investigaciones teóricas, exista personas que pretendan utilizar el falsacionismo metodológico sofisticado expuesta por Imre Lakatos (1983: 46), la cual explica que para una teoría científica pueda ser falseada debe cumplir tres presupuestos: (a) que la nueva teoría tenga nuevos contenidos que la anterior teoría con la finalidad de predecir nuevos hechos; (b) debe resolver los problemas de la anterior teoría asimismo los problemas no resueltos por la antigua teoría; y (c) que los nuevos contenidos de la nueva teoría puedan ser corroborados.

Éste tipo de falsacionismo descarta la idea del falsacionismo ingenuo, en la que ésta última descarta una teoría porque entra en conflicto con una nueva teoría científica bien corroborada, más bien descarta una teoría por ser regresiva frente a un programa rival superior (Lakatos 1983: 59), y aun así no se la elimina del todo porque en cualquier momento, por ayuda claro está de sus seguidores puedan hacerla emerger siendo una teoría progresiva (y ya no regresiva o degenerativa); para mejor explicación, en palabras de Lakatos (1983: 62) : “(...) los experimentos no destruyen simplemente a las teorías y de que ninguna teoría prohíbe unos fenómenos especificables por adelantado. No es que nosotros proponemos una teoría y la naturaleza pueda gritar NO; se trata, más bien, de que proponemos un conjunto de teorías y la naturaleza pueda gritar INCONSISTENTE”; entonces, la clave está en que las teorías no sean inconsistentes, es decir, que falten a los principios lógicos que son de: identidad, contradicción y tercio excluido, lo cual cumplirá o seguirá dicho camino la presente investigación.

La idea de Lakatos es tomada con la finalidad de que ninguna teoría debería ser rechazada de buenas a primeras, sin someter a una prueba si la teoría es inconsistente, la cual ayudará a que la investigación sea rigurosa; **pero debemos negar éste tipo de método aplicado a la presente tesis, sino que utilizaremos el método de la concepción informática**, que no es sino un mejoramiento del método axiomático.

Antes de seguir exponiendo el método declarado, debemos aclarar que toda investigación –ya sea filosófica, científica o ensayística, etc.- parte con una pregunta que debe ser resuelta, y el problema debe tener por lo mínimo una posible respuesta o también denominado hipótesis.

Y en el capítulo VII se mencionó que antes de responder: ¿Es posible fundamentar una nueva concepción de la justicia a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia?, se debía resolver **si es posible superar la inconmensurabilidad de diálogos y la imposición de criterios de justicia entre el juez y las partes**, por lo que en capítulo VIII, se pudo demostrar que si es posible superar dicha problemática.

Por lo que ahora si estamos en la posibilidad de poder afrontar la pregunta principal de la presente tesis, que a través de todo lo explicado hasta el momento podría sintetizarse en la creación de una nueva concepción de justicia, una metajusticia que sistematice las

demás concepciones de justicia, dicho en palabras simples como dirían los matemáticos, lo que se trata de decir es si se puede hacer de todo lo explicado una simple fórmula que exprese todo lo dicho.

En éste apartado como ya se explicado anticipadamente se hará uso de la **metodología de la concepción informática de la teoría**, pues para que suceda ello debemos pasar por los filtros de los fundamentos de (a) consistencia, (b) completa o resolución de problemas y de (c) estructuración de axiomas, que estas son propios del método axiomático, para luego informar si se trata de una fórmula categoría o polifórmica como lo menciona Mosterín

Por lo tanto, como señala el profesor Herrera: “Las ciencias formales (...) [necesitan] la demostración racional de sus postulados sin apoyo alguno en la experiencia. En este grupo podemos ubicar también a la ciencia de las ciencias: la filosofía.” (1998: 6-7); entonces, a través de un proceso lógico-sistemático de los argumentos y conceptos, que son propios de las investigaciones filosóficas, se demostrará la hipótesis general de:

(a) **Si es posible fundamentar una nueva concepción de justicia** a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia **siempre en cuando cumplan dos de los requisitos de una teoría que son la consistencia, la resolución de problemas y la axiomatización.**

O en todo caso demostrar:

(b) **No es posible fundamentar una nueva concepción de justicia** a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia **siempre en cuando cumplan dos de los requisitos de una teoría que son la consistencia, la resolución de problemas y la axiomatización.**

Mencionando anticipadamente que si **dos de cualquiera de los fundamentos** (consistencia, completa, estructuración axiomática) **es posible su realización, se aprueba la hipótesis**, pero en caso de que dos de los fundamentos sean imposibles, se rechazará la hipótesis, dicho en pocas palabras si se prueba cualquiera de las siguientes fórmulas: (a) consistente y completa, o (b) consistente y axiomática.

9.2.2. El método axiomático

El método axiomático o también denominado sistema axiomático, de acuerdo a Alejandro Cassini la definen como “Un sistema axiomático S es un conjunto de proposiciones en el cual se distingue un subconjunto A (los axiomas), tal que toda proposición que pertenece a S es una consecuencia lógica de A, y toda proposición que es consecuencia de S pertenece a S” (2006: 55); lo que nos trata de decir es que toda teoría puede ser pasible de ser axiomatizada, y esto es a través de extraer un subconjunto de proposiciones de la teoría (que no requieran comprobación) las cuales serán denominadas axiomas, es decir, verdades evidentes, a fin que a través de ellas se puedan explicar las proposiciones argumentadas en la teoría; dicho en pocas palabras es método axiomático es crear un sistema axiomatizado que mecanice la teoría en información simplificada.

Un sistema axiomático, para ser considerada como tal debe contener: (a) elementos y (b) propiedades, las cuales explicaremos detalladamente más adelante, sin embargo, debemos aclarar que el método axiomático no hace nacer a la teoría o propone una teoría,

sino que el investigador o conjunto de investigadores primero crean la teoría (sea para las ciencias formales o empíricas), las cuales pueden ser un conjunto de proposiciones no comprobadas o comprobadas, en las que las primeras aún no se tiene los instrumentos necesarios para llegar a falsearlas, mientras que en los segundos se ha obtenido los instrumentos que han pasado el test de falsación.

Una vez que se ha creado la teoría, que en buena cuenta no necesita ser completa o definitiva, recién se comienza a realizar el método axiomático, y esto es con la finalidad de reducir la ambigüedad y vaguedad de los conceptos de la teoría, permitiendo así que la teoría tenga un lenguaje preciso, y además de permitir ver con claridad si es consistente, completo y contiene axiomas (proposiciones primeras que dan origen a las demás proposiciones de esa teoría).

Entonces, una teoría que se convierte en un sistema axiomático promete ser o bien: consistente y completo, consistente y con axiomas o completo con axiomas, pero jamás los tres, esto es a razón de la prueba Godel, quien demostró que es imposible que una teoría tenga las tres propiedades; con ello tratamos de decir que una teoría axiomatizada aún no comprobada o sometida a prueba es sólida o por lo menos digna de ser tomada en cuenta, porque guarda una conexión lógica sobre lo que propone, mientras que una teoría comprobada que es axiomatizada debe ser motivo de tomarla en cuenta en forma obligatoria para el progreso del conocimiento humano.

En el presente caso, somos conscientes de que aún la teoría propuesta no ha sido sometida a comprobación, sin embargo, ello no quiere decir que no sea posible de ser falseada, sino todo lo contrario, pues las 29 reglas que se ha expuesto en el capítulo VII, son proposiciones que denotan verdad o falsedad, y que si no se ajusta a la realidad, simplemente deben ser eliminadas, muy contrario, sería el caso en que dichas 29 reglas sean imposibles de ser verificadas por tener un dominio o contexto que nunca permita demostrar si pueden ser falseadas o no.

Las 29 reglas propuestas en la presente tesis son tomadas como hipótesis sujetas a comprobación a la realidad empírica, si en este caso se decide aplicarla, y lo que pretendemos es hacerla más creíble o digna de ser tomada porque puede ser un sistema axiomático.

9.2.2.1. Elementos del sistema axiomático

Para que una teoría llegue a ser un sistema axiomático debe cumplir con tener elementos y propiedades, por lo que ahora nos enfocaremos a explicar los elementos del sistema axiomático.

De acuerdo al profesor Alejandro Cassini, quien expone en el capítulo 2 de su obra *El juego de los principios*, los elementos del sistema axiomático son 6, pues debe tener: (1) lógica subyacente, (2) vocabulario, (3) reglas de formación, (4) reglas de transformación, (5) axiomas y (6) teoremas; de los cuales expondremos grosso modo lo que nos da a entender el autor.

(1) La lógica subyacente es entendida por un tipo de lógica que utilizará el sistema, se tiene, por ejemplo, la lógica formal, la misma que está dividida en lógica dicotómica, tricotómica y polivalente, luego tenemos la lógica deóntica, la lógica de segundo orden, teoría de los conjuntos, etc.

(2) El vocabulario es el conjunto de todos los símbolos que se utilizarán en el sistema para explicar los modelos, formulas, cadenas que la componen, esto es que dependiendo del tipo de lógica subyacente se utilice, entonces se utilizará los vocabularios respectivos.

Por ejemplo: Si se va a utilizar la lógica de primer orden, es natural que existan símbolos lógicos y no lógicos, los primeros son símbolos como: \neg , \wedge , \vee , \rightarrow , \leftrightarrow , etc., y los segundos como: $()$, $[\]$, $\{ \}$, etc.; mientras que los símbolos no lógicos son: p , q , r , s , etc.

(3) Reglas de formación, que pueden ser sintácticos (lógica formal) o gramaticales a través de proposiciones las cuales indican como combinar los símbolos del vocabulario para obtener formulas bien formadas o proposiciones bien realizadas.

Por ejemplo: Si todo hombre es mortal es una formula bien formada, también lo será no todos los hombres no son mortales. o en lógica formal sería: Si A es una fb, entonces $\neg A$ es una fb.

(4) Reglas de transformación, vienen a ser las reglas lógicas del cómo obtener otras fórmulas bien formadas o proposiciones bien realizadas a través de otras fórmulas bien formadas.

Por ejemplo: es una formula bien formada si de A y $(A \rightarrow B)$ se produce otra fórmula bien formada que es B , aquí prácticamente lo que se hace es la regla de la inferencia.

(5) Los axiomas vienen a ser el subconjunto de las formulas bien formadas, pero que no pueden ser verificadas y que han sido obtenidas por intuición elevada del investigador, por lo que a partir de ese subconjunto de fórmulas bien formadas se producen los teoremas o como solemos decir nosotros, proposiciones sujetas a comprobación que forman parte del sistema (de la teoría).

Por ejemplo: un $Ax1$. $A \rightarrow (C \rightarrow S)$, o puede ser: $Ax1$. La escuela jurídica es la base del sistema peruano; aquí cualquier proposición puede ser axioma, siempre en cuando se caracterice como una verdad que no necesita demostración.

(6) Los teoremas son las formulas bien formadas del sistema que han sido deducidas por los axiomas.

Aquí o que se pretende es proponer una serie de proposiciones que lleguen a ser comprobadas a través de los axiomas y las reglas de transformación.

Ahora bien, los elementos explicados deben ser aplicados obligatoriamente en las axiomatizaciones matemáticas, aunque algunas carezcan de algunos elementos, como el caso del sistema de Euclides y de Isaac Newton (lo cual no quiere decir que sean malos), ya que en la actualidad el método axiomático cada vez se ha vuelto más riguroso y potente, por lo que, para los casos de la axiomatización empírica o de ciencias sociales, como lo explica Cassini, a través de las reglas de transformación y los axiomas se deben presentarse en modelos lógicos ya interpretados, porque sí sólo se presenta en un axioma con lenguaje formal, no se puede afirmar su verdad o falsedad a excepción que se involucre un valor, entonces habrá que demarcar la verdad y falsedad de los significados del vocabulario.

9.2.2.2. Propiedades del método axiomático

Para éste apartado, también tomamos como referencia al profesor Alejandro Cassini con su libro *El juego de los principios*, sólo que ésta será sobre el capítulo 4, en la cual explica que son 6: (1) Consistencia, (2) completitud, (3) decidibilidad, (4) satisfactibilidad e (5) independencia, las cuales explicaremos grosso modo.

(1) La consistencia es una propiedad que evidencia la no existencia de contradicciones dentro del sistema, evitando las paradojas o antinomias de cualquier tipo, entonces la consistencia se demuestra cuando exista en la teoría: (a) la no contrariedad, que significa que ninguna fbf puede ser afirmativa y negativa al mismo tiempo; y (b) que por lo menos una fbf no sea un teorema.

(2) La completitud se caracteriza por el poder suficiente de deducir todos los enunciados que se espera de la teoría, y tenemos de tres tipos: (a) completitud respecto de la negación, esto es que todas las proposiciones tengan su demostración negativa; (b) completitud fuerte o de saturación, esto es que el sistema no puede extenderse a la adición de un nuevo axioma; y de (c) completitud semántica significa las interpretaciones deben ser completas en todo sentido del sistema.

(3) La decidibilidad implica que exista un procedimiento mecánico, un algoritmo o un mecanismo altamente elaborado para afirmar si una fbf pertenece al sistema o no, si a través de las reglas de transformación y los axiomas se producen los teoremas, esto tiene que ver mucho con la negabilidad o rechazo de una fbf del sistema.

(4) La satisfactibilidad si por lo menos en la teoría sistematizada existe un teorema verdadero (un modelo), ésta se relaciona con la propiedad de la consistencia, ya que no puede existir teoremas verdaderos, si no hay consistencia.

(5) Independencia, también llamada de axiomatización, esto la creación de axiomas y que además éstas independientes entre sí, es decir, no deducibles entre sí, también se incluye la independencia de los términos primitivos, es decir, que los vocabularios del sistema también lo sean.

(6) La categoricidad se prueba cuando los teoremas tienen la misma cantidad de los elementos finitos de dominio, esto es que sea completa la cantidad de elementos del dominio, de lo contrario no será categórico.

De lo explicado, para Jesús Mosterín, las propiedades más importantes, y que demarcan a una buena teoría es que sea consistente, completa, axiomatizable (independencia de axiomas), y que tenga un solo dominio, es decir, de categoricidad.

Si bien, nos estamos basando a los rasgos que Jesús Mosterín mencionó para demostrar que una teoría es buena en el sentido informático, pues también hemos tenido que explicar mejor los elementos y propiedades de un sistema axiomático a fin de realizar una axiomatización de nuestra teoría, por tal razón, en el siguiente apartado comenzaremos a resolver y a dar los fundamentos respectivos de la teoría.

9.3. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

9.3.1. Fundamentos sobre los elementos de la tesis teórica

Para realizar un **sistema axiomático formal** sobre la teoría que se ha explicado, obligatoriamente necesitaría: **(a) la lógica subyacente** de tipo: lógica de primer orden, específicamente de la **lógica cuantificacional**; luego, delimitar el **(b) vocabulario** que utilizaría los siguientes símbolos primitivos:

Variabes proposicionales: p, q, r, s, \dots
Conectivas u operadores: $\neg, \wedge, \vee, \rightarrow, \leftrightarrow$
Símbolos auxiliares: $(), [], \{ \}$
Variables individuales: a, b, c, d, \dots
Constantes individuales: x, y, z, \dots
Símbolos predicativos: A, B, C, D, \dots
Cuantificadores: $(\forall), (\exists)$

Después se necesitaría colocar las **(c) reglas de formación** que serían:

RF1. Todo símbolo proposicional es un FBF
RF2. Todo predicado seguido de una variable individual o una constante individual es una FBF
RF3. Si A es una FBF, entonces $\neg A$ también es una FBF
RF4. Si A y B son FBF, entonces $A \wedge B, A \vee B, A \rightarrow B$, y, $A \leftrightarrow B$ son FBF
RF5. Ningún otro símbolo o cadena es una FBF.

Los tres elementos antes expuestos, pueden ser prescindibles cuando se trata de realizar un **sistema formal no formalizado**, esto es cuando se realiza una axiomatización en lenguaje natural siempre en cuando sus axiomas sean proposiciones formales, lo que implica que exista por lo menos un término carente de significado, siendo por ejemplo la proposición que está en lenguaje natural: “Todos los hombres son mortales”, en lenguaje formal sería: “Todos S son P” o “Hay al menos cuatro F que no están en un mismo G” (lenguaje de lógica proposicional); o “ $(\forall)(Sx \rightarrow Px)$ ” (lenguaje de lógica cuantificacional), entonces la forma de transformar una determinada cantidad de proposiciones en otras proposiciones no se determina por las reglas explícitas, sino por intuición (Cassini 2006: 56).

Entonces, las reglas del sistema no formalizado debe contener por lo menos los elementos: (a) reglas de transformación propuestas en lenguaje natural y/o artificial, (b) axiomas compuestas en lenguaje artificial, y (c) teoremas comprobados en lenguaje natural y/o artificial, mencionamos ello, para que algún otro investigador que no desee consignar las reglas en un sistema formal axiomático pueda prescindir de algunos pasos, pero la presente tesis indudablemente utilizará el sistema axiomático formal.

Las **(d) reglas de transformación** serán:

RT1. $A \rightarrow B, A / B$ [Modus Ponens]
RT2. $A \rightarrow B, \neg B / \neg A$ [Modus Tollens]
RT3. $A \rightarrow B, B \rightarrow C / A \rightarrow C$ [Silogismo hipotético]
RT4. $A \rightarrow B, A \rightarrow C / A \rightarrow (B \wedge C)$ sss $A \rightarrow B, C \rightarrow B / (A \wedge C) \rightarrow B$ [Silogismo hipotético aditivo]
RT5. $(\forall x)(Ax \rightarrow Bx)$ sss $Ax \rightarrow Bx$ [Regla de eliminación universal o EU]
RT6. $Ax \rightarrow Bx$ sss $(\forall x)(Ax \rightarrow Bx)$ [Regla de introducción universal o IU]
RT7. $(\exists x)(Ax \wedge Bx)$ sss $Aa \wedge Ba$ [Regla de eliminación existencial o EE]
RT8. $Aa \wedge Ba$ sss $(\exists x)(Ax \wedge Bx)$ [Regla de introducción universal o IU]

Los (e) axiomas del sistema son:

Ax1. $(\forall x,y) (Ex \rightarrow Sy)$

Interpretación: Toda escuela jurídica X tiene un objeto de estudio Y

Ax2. $(\forall x,z) (Ex \rightarrow Mz)$

Interpretación: Toda escuela jurídica X tiene un método de estudio Z

Ax3. $(\forall x,x') (Ex \rightarrow Ix')$

Interpretación: Toda escuela jurídica X tiene un fin de estudio X'

Ax4. $(\forall x,y') (Ex \rightarrow Dy')$

Interpretación: Toda escuela jurídica X tiene una demarcación interna Y'

Ax5. $(\forall x,z') (Ex \rightarrow Xz')$

Interpretación: Toda escuela jurídica X tiene una demarcación externa Z'

Ax6. $(\forall z',x'') (Xz' \rightarrow Rx'')$

Interpretación: Toda demarcación externa Z' tiene que resolver problemas X''

Ax7. $(\forall z',y'') (Xz' \rightarrow Cy'')$

Interpretación: Toda demarcación externa Z' tiene una concepción de justicia Y''

Ax8. $(\forall y'',z'') (Cy'' \rightarrow (Gz'' \vee (Gz''_1 \wedge Gz''_2 \wedge \dots \wedge Gz''_n)))$

Interpretación: Toda concepción de justicia Y'' tiene una o más formas de gobierno Z''

Ax9. $(\forall z',x''') (Xz' \rightarrow (Px''' \vee (Px'''_1 \wedge Px'''_2 \wedge \dots \wedge Px'''_n)))$

Interpretación: Toda demarcación externa Z' tiene una o más fuentes principales del Derecho X'''

Ax10. $(\forall x''',y''') (Jy''' \rightarrow (Px''' \vee (Px'''_1 \wedge Px'''_2 \wedge \dots \wedge Px'''_n)))$

Interpretación: Toda familia jurídica Y''' tiene una o más fuentes principales del Derecho X'''

Y finalmente los (f) teoremas son:

T1. $(\forall x,y,z,x',y',z') [Ex \rightarrow (Sy \wedge Mz \wedge Ix' \wedge Dy' \wedge Xz')]$

Interpretación: Toda escuela jurídica X un objeto de estudio Y, un método de estudio Z, un fin de estudio X', una demarcación interna Y' y una demarcación externa Z'.

Demostración:

- | | |
|--|------------|
| 1. $(\forall x,y) (Ex \rightarrow Sy)$ | [Axioma 1] |
| 2. $(\forall x,z) (Ex \rightarrow Mz)$ | [Axioma 2] |
| 3. $(\forall x,x') (Ex \rightarrow Ix')$ | [Axioma 3] |
| 4. $(\forall x,y') (Ex \rightarrow Dy')$ | [Axioma 4] |
| 5. $(\forall x,z') (Ex \rightarrow Xz')$ | [Axioma 5] |
| 6. $Ex \rightarrow Sy$ | [EU en 1] |
| 7. $Ex \rightarrow Mz$ | [EU en 2] |
| 8. $Ex \rightarrow Ix'$ | [EU en 3] |

9. $Ex \rightarrow Dy'$ [EU en 4]
10. $Ex \rightarrow Xz'$ [EU en 5]
11. $Ex \rightarrow (Sy \wedge Mz)$ [SH ad. 6 y 7]
12. $Ex \rightarrow (Ix' \wedge Dy')$ [SH ad. 8 y 9]
13. $Ex \rightarrow (Sy \wedge Mz \wedge Xz')$ [SH ad. 10 y 11]
14. $Ex \rightarrow (Sy \wedge Mz \wedge Ix' \wedge Dy' \wedge Xz')$ [SH ad. 12 y 13]
15. $(\forall x,y,z,x',y',z') [Ex \rightarrow (Sy \wedge Mz \wedge Ix' \wedge Dy' \wedge Xz')]$ [IU en 14]

T2. $(\forall x,x'') (Ex \rightarrow Rx'')$

Interpretación: Toda escuela jurídica X tiene que resolver problemas X''.

Demostración:

1. $(\forall x,z') (Ex \rightarrow Xz')$ [Axioma 5]
2. $(\forall z',x'') (Xz' \rightarrow Rx'')$ [Axioma 6]
3. $Ex \rightarrow Xz'$ [EU en 1]
4. $Xz' \rightarrow Rx''$ [EU en 2]
5. $Ex \rightarrow Rx''$ [SH en 3 y 4]
6. $(\forall x,x'') (Ex \rightarrow Rx'')$ [IU en 5]

T3. $(\forall z',y',z'',x''') (Xz' \rightarrow \{Cy'' \wedge [(Gz'' \vee (Gz''_1 \wedge Gz''_2 \wedge \dots \wedge Gz''_n)) \wedge (Px''' \vee (Px'''_1 \wedge Px'''_n) \wedge \dots \wedge Px'''_n))]\})$

Interpretación: Toda demarcación externa Z' tiene una concepción de justicia Y'', una o más formas de gobierno Z'' y una o más fuentes principales del Derecho X'''

Demostración:

1. $(\forall z',y'') (Xz' \rightarrow Cy'')$ [Axioma 7]
2. $(\forall y'',z'') (Cy'' \rightarrow (Gz'' \vee (Gz''_1 \wedge Gz''_2 \wedge \dots \wedge Gz''_n)))$ [Axioma 8]
3. $(\forall z',x''') (Xz' \rightarrow (Px''' \vee (Px'''_1 \wedge Px'''_n) \wedge \dots \wedge Px'''_n))$ [Axioma 9]
4. $Xz' \rightarrow Cy''$ [EU en 1]
5. $Cy'' \rightarrow (Gz'' \vee (Gz''_1 \wedge Gz''_2 \wedge \dots \wedge Gz''_n))$ [EU en 2]
6. $Xz' \rightarrow (Px''' \vee (Px'''_1 \wedge Px'''_n) \wedge \dots \wedge Px'''_n)$ [EU en 3]
7. $Xz' \rightarrow (Gz'' \vee (Gz''_1 \wedge Gz''_2 \wedge \dots \wedge Gz''_n))$ [SH en 4 y 5]
8. $Xz' \rightarrow [(Px''' \vee (Px'''_1 \wedge Px'''_n) \wedge \dots \wedge Px'''_n)) \wedge (Gz'' \vee (Gz''_1 \wedge Gz''_2 \wedge \dots \wedge Gz''_n))]$ [SH aditivo en 6 y 7]
9. $Xz' \rightarrow \{Cy'' \wedge [(Gz'' \vee (Gz''_1 \wedge Gz''_2 \wedge \dots \wedge Gz''_n)) \wedge (Px''' \vee (Px'''_1 \wedge Px'''_n) \wedge \dots \wedge Px'''_n))]\}$ [SH aditivo en 4 y 8]
10. $(\forall z',y'',z'',x''') (Xz' \rightarrow \{Cy'' \wedge [(Gz'' \vee (Gz''_1 \wedge Gz''_2 \wedge \dots \wedge Gz''_n)) \wedge (Px''' \vee (Px'''_1 \wedge Px'''_n) \wedge \dots \wedge Px'''_n))]\})$ [IU en 9]

T4. $(\forall z',x''',y''') [(Xz' \wedge Jy''') \rightarrow (Px''' \vee (Px'''_1 \wedge Px'''_n) \wedge \dots \wedge Px'''_n)]$

Interpretación: Toda demarcación externa Z' y familia jurídica y''' tiene una o más fuentes principales del Derecho X'''

Demostración:

1. $(\forall z',x''') (Xz' \rightarrow (Px''' \vee (Px'''_1 \wedge Px'''_n) \wedge \dots \wedge Px'''_n))$ [Axioma 9]
2. $(\forall x''',y''') (Jy''' \rightarrow Px''' \vee (Px'''_1 \wedge Px'''_n) \wedge \dots \wedge Px'''_n))$ [Axioma 10]
3. $Xz' \rightarrow (Px''' \vee (Px'''_1 \wedge Px'''_n) \wedge \dots \wedge Px'''_n)$ [EU en 1]
4. $Jy''' \rightarrow (Px''' \vee (Px'''_1 \wedge Px'''_n) \wedge \dots \wedge Px'''_n)$ [EU en 2]

5. $(Xz' \wedge Jy''') \rightarrow (Px''' \vee (Px'''_1 \wedge Px''' \wedge \dots \wedge Px'''_n))$ [SH ad en 3 y 4]
 6. $(\forall z', x'', y''') [(Xz' \wedge Jy''') \rightarrow (Px''' \vee (Px'''_1 \wedge Px''' \wedge \dots \wedge Px'''_n))]$ [IU en 5]

T5. $(\forall x, z', x'', y'', z'', x''') [Ex \rightarrow (Rx'' \wedge \{Cy'' \wedge [(Gz'' \vee (Gz''_1 \wedge Gz''_2 \wedge \dots \wedge Gz''_n)) \wedge (Px''' \vee (Px'''_1 \wedge Px''' \wedge \dots \wedge Px'''_n))])]$

Interpretación: Toda escuela jurídica X tiene que resolver problemas X'', una concepción de justicia Y'', una o más formas de gobierno Z'' y una o más fuentes principales del Derecho X'''

Demostración:

1. $(\forall x, z') (Ex \rightarrow Xz')$ [Axioma 5]
2. $(\forall x, x'') (Ex \rightarrow Rx'')$ [Teorema 2]
3. $(\forall z', y'', z'', x''') (Xz' \rightarrow \{Cy'' \wedge [(Gz'' \vee (Gz''_1 \wedge Gz''_2 \wedge \dots \wedge Gz''_n)) \wedge (Px''' \vee (Px'''_1 \wedge Px''' \wedge \dots \wedge Px'''_n))])]$ [Teorema 3]
4. $Ex \rightarrow Xz'$ [EU en 1]
5. $Ex \rightarrow Rx''$ [EU en 2]
6. $Xz' \rightarrow \{Cy'' \wedge [(Gz'' \vee (Gz''_1 \wedge Gz''_2 \wedge \dots \wedge Gz''_n)) \wedge (Px''' \vee (Px'''_1 \wedge Px''' \wedge \dots \wedge Px'''_n))])]$ [EU en 3]
7. $Ex \rightarrow \{Cy'' \wedge [(Gz'' \vee (Gz''_1 \wedge Gz''_2 \wedge \dots \wedge Gz''_n)) \wedge (Px''' \vee (Px'''_1 \wedge Px''' \wedge \dots \wedge Px'''_n))])]$ [SH en 4 y 6]
8. $Ex \rightarrow (Rx'' \wedge \{Cy'' \wedge [(Gz'' \vee (Gz''_1 \wedge Gz''_2 \wedge \dots \wedge Gz''_n)) \wedge (Px''' \vee (Px'''_1 \wedge Px''' \wedge \dots \wedge Px'''_n))])]$ [SH ad en 5 y 7]
9. $(\forall x, z', x'', y'', z'', x''') [Ex \rightarrow (Rx'' \wedge \{Cy'' \wedge [(Gz'' \vee (Gz''_1 \wedge Gz''_2 \wedge \dots \wedge Gz''_n)) \wedge (Px''' \vee (Px'''_1 \wedge Px''' \wedge \dots \wedge Px'''_n))])]$ [IU en 8]

Identificación de las **constantes individuales:**

- Para todo x, sí y sólo si es: iusnaturalista teológica, libre del Derecho, realista escandinava, realista estadounidense, iusmarxista, de la teoría analítica del Derecho.
- Para todo y, si y solo si es: valores encaminados hacia la justicia, jurisprudencia, hechos jurídicos empíricos, Derecho social
- Para todo z, si y solo si es: sometimiento a un juicio basado en los valores; interpretación libre; verificación de las proposiciones; resolver a través de la realidad económica y política de su país; materialismo dialéctico y el materialismo histórico; concepción formal, material y pragmática.
- Para todo x', si y solo si es: respeto a la ley divina, juez resuelva con mayor libertad, vigencia del derecho demostrada en la efectividad social y que sea útil a las ciencias sociales, instrumento para la vida social encaminada a realizar fines humanos, hombre vuelva y se le reconozca como hombre social que es y el productor de su evolución, protección de la Constitución por la fuerza de razón.
- Para todo y', si y solo si es: de trabajo continuo
- Para todo z', si y solo si es: instalado en el Estado
- Para todo x'', si y solo si es: jurídicos de su sistema
- Para todo y'', sí y sólo si es: divina, utilitarista, histórica o de equidad.
- Para todo z'', sí y sólo si es: teocrático, dictatorial, monárquico, aristocrático, politeia, republicano, comunista, Estado Constitucional.
- Para todo x''' sí y sólo si es: Libros sagrados, la ley, los precedentes, la ley social.
- Para todo y''' sí y sólo si es: religiosa, soviet law, civil law, common law, mixta.

Identificación de los **símbolos predicativos** que denotan las propiedades son:

- E es igual a Escuela jurídica
- S es igual a Objeto de Estudio
- M es igual a Método de estudio
- I es igual a Fin de estudio
- D es igual a Demarcación interna
- X es igual a Demarcación externa
- R es igual a Resolver problemas
- C es igual a Concepción de justicia
- G es igual a Forma de gobierno
- P es igual a Fuente principal del Derecho
- J es igual a Familia jurídica

Interpretación del sistema de un sistema axiomático formal delimita la verdad o falsedad, por lo que los dominios e interpretación del sistema son:

D1 <Escuela jurídica: iusnaturalista teológica, Concepción de justicia: divina, Forma de gobierno: teocrático, Fuente principal del Derecho: libros sagrados, Familia jurídica: religiosa, Objeto de estudio: valores encaminados a la justicia, Método de estudio: sometimiento a un juicio basado en los valores, Fin de estudio: respeto a la ley divina, Demarcación interna: trabajo continuo, Demarcación externa: instalado en el Estado, Resolución de problemas: jurídicos de su sistema>

D2 <Escuela jurídica: libre del Derecho, concepción de justicia: utilitarista, Forma de gobierno: dictatorial, Fuentes principales del Derecho: la ley y el precedente, Familia jurídica: mixta, Objeto de estudio: jurisprudencia, Método de estudio: interpretación libre, Fin de estudio: juez resuelva con mayor libertad, Demarcación interna: trabajo continuo, Demarcación externa: instalado en el Estado, Resolución de problemas: jurídicos de su sistema>

D3 <Escuela jurídica: libre del Derecho, concepción de justicia: utilitarista, Forma de gobierno: monárquico, Fuentes principales del Derecho: la ley y el precedente, Familia jurídica mixta, Objeto de estudio: jurisprudencia, Método de estudio: interpretación libre, Fin de estudio: juez resuelva con mayor libertad, Demarcación interna: trabajo continuo, Demarcación externa: instalado en el Estado, Resolución de problemas: jurídicos de su sistema>

D4 <Escuela jurídica: libre del Derecho, concepción de justicia: utilitarista, Forma de gobierno: aristocrático, Fuentes principales del Derecho: la ley y el precedente, Familia jurídica: mixta, Objeto de estudio: jurisprudencia, Método de estudio: interpretación libre, Fin de estudio: juez resuelva con mayor libertad, Demarcación interna: trabajo continuo, Demarcación externa: instalado en el Estado, Resolución de problemas: jurídicos de su sistema>

D5 <Escuela jurídica: libre del Derecho, concepción de justicia: utilitarista, Forma de gobierno: politeia, Fuentes principales del Derecho: la ley y el precedente, Familia jurídica: mixta, Objeto de estudio: jurisprudencia, Método de estudio: interpretación libre, Fin de estudio: juez resuelva con mayor libertad, Demarcación interna: trabajo continuo, Demarcación externa: instalado en el Estado, Resolución de problemas: jurídicos de su sistema>

D6 <Escuela jurídica: libre del Derecho, concepción de justicia: utilitarista, Forma de gobierno: republicano, Fuentes principales del Derecho: la ley y el precedente, Familia jurídica: mixta, Objeto de estudio: jurisprudencia, Método de estudio: interpretación libre, Fin de estudio: juez resuelva con mayor libertad, Demarcación interna: trabajo continuo,

Demarcación externa: instalado en el Estado, Resolución de problemas: jurídicos de su sistema>

D7 <Escuela jurídica: realista escandinava, concepción de justicia: utilitarista, Forma de gobierno: dictatorial, Fuente principal del Derecho: la ley, Familia jurídica: civil law, Objeto de estudio: hechos jurídicos empíricos, Método de estudio: verificación de las proposiciones, Fin de estudio: vigencia del derecho demostrada en la efectividad social y que sea útil a las ciencias sociales, Demarcación interna: trabajo continuo, Demarcación externa: instalado en el Estado, Resolución de problemas: jurídicos de su sistema>

D8 <Escuela jurídica: realista escandinava, concepción de justicia: utilitarista, Forma de gobierno: monárquico, Fuente principal del Derecho: la ley, Familia jurídica: civil law Objeto de estudio: hechos jurídicos empíricos, Método de estudio: verificación de las proposiciones, Fin de estudio: vigencia del derecho demostrada en la efectividad social y que sea útil a las ciencias sociales, Demarcación interna: trabajo continuo, Demarcación externa: instalado en el Estado, Resolución de problemas: jurídicos de su sistema>

D9 <Escuela jurídica: realista escandinava, concepción de justicia: utilitarista, Forma de gobierno: aristocrático, Fuente principal del Derecho: la ley, Familia jurídica: civil law, Objeto de estudio: hechos jurídicos empíricos, Método de estudio: verificación de las proposiciones, Fin de estudio: vigencia del derecho demostrada en la efectividad social y que sea útil a las ciencias sociales, Demarcación interna: trabajo continuo, Demarcación externa: instalado en el Estado, Resolución de problemas: jurídicos de su sistema>

D10 <Escuela jurídica: realista escandinava, concepción de justicia: utilitarista, Forma de gobierno: politeia, Fuente principal del Derecho: la ley, Familia jurídica: civil law, Objeto de estudio: hechos jurídicos empíricos, Método de estudio: verificación de las proposiciones, Fin de estudio: vigencia del derecho demostrada en la efectividad social y que sea útil a las ciencias sociales, Demarcación interna: trabajo continuo, Demarcación externa: instalado en el Estado, Resolución de problemas: jurídicos de su sistema>

D11 <Escuela jurídica: realista escandinava, concepción de justicia: utilitarista, Forma de gobierno: republicano, Fuente principal del Derecho: la ley, Familia jurídica: civil law, Objeto de estudio: hechos jurídicos empíricos, Método de estudio: verificación de las proposiciones, Fin de estudio: vigencia del derecho demostrada en la efectividad social y que sea útil a las ciencias sociales, Demarcación interna: trabajo continuo, Demarcación externa: instalado en el Estado, Resolución de problemas: jurídicos de su sistema>

D12 <Escuela jurídica: realista estadounidense, concepción de justicia: utilitarista, Forma de gobierno: dictatorial, Fuente principal del Derecho: el precedente, Familia jurídica: common law, Objeto de estudio: jurisprudencia, Método de estudio: resolver a través de la realidad económica y política de su país, Fin de estudio: instrumento para la vida social encaminada a realizar fines humanos, Demarcación interna: trabajo continuo, Demarcación externa: instalado en el Estado, Resolución de problemas: jurídicos de su sistema>

D13 <Escuela jurídica: realista estadounidense, concepción de justicia: utilitarista, Forma de gobierno: monárquico, Fuente principal del Derecho: el precedente, Familia jurídica: common law, Objeto de estudio: jurisprudencia, Método de estudio: resolver a través de la realidad económica y política de su país, Fin de estudio: instrumento para la vida social encaminada a realizar fines humanos, Demarcación interna: trabajo continuo, Demarcación externa: instalado en el Estado, Resolución de problemas: jurídicos de su sistema>

D14 <Escuela jurídica: realista estadounidense, concepción de justicia: utilitarista, Forma de gobierno: aristocrático, Fuente principal del Derecho: el precedente, Familia jurídica: common law, Objeto de estudio: jurisprudencia, Método de estudio: resolver a través de la realidad económica y política de su país, Fin de estudio: instrumento para la vida social encaminada a realizar fines humanos, Demarcación interna: trabajo continuo, Demarcación externa: instalado en el Estado, Resolución de problemas: jurídicos de su sistema>

D15 <Escuela jurídica: realista estadounidense, concepción de justicia: utilitarista, Forma de gobierno: politeia, Fuente principal del Derecho: el precedente, Familia jurídica: common law, Objeto de estudio: jurisprudencia, Método de estudio: resolver a través de la realidad económica y política de su país, Fin de estudio: instrumento para la vida social encaminada a realizar fines humanos, Demarcación interna: trabajo continuo, Demarcación externa: instalado en el Estado, Resolución de problemas: jurídicos de su sistema>

D17 <Escuela jurídica: realista estadounidense, concepción de justicia: utilitarista, Forma de gobierno: republicano, Fuente principal del Derecho: el precedente, Familia jurídica: common law, Objeto de estudio: jurisprudencia, Método de estudio: resolver a través de la realidad económica y política de su país, Fin de estudio: instrumento para la vida social encaminada a realizar fines humanos, Demarcación interna: trabajo continuo, Demarcación externa: instalado en el Estado, Resolución de problemas: jurídicos de su sistema>

D18 <Escuela jurídica: iusmarxista, concepción de justicia: historicista, Forma de gobierno: comunista, Fuente principal del Derecho: la ley social, Familia jurídica: soviet law, Objeto de estudio: Derecho social, Método de estudio: materialismo dialéctico y el materialismo histórico, Fin de estudio: hombre vuelva y se le reconozca como hombre social que es y el productor de su evolución, Demarcación interna: trabajo continuo, Demarcación externa: instalado en el Estado, Resolución de problemas: jurídicos de su sistema>

D19 <Escuela jurídica: de la teoría de la argumentación jurídica, concepción de justicia: como equidad, Forma de gobierno: Estado Constitucional, Fuentes principales del Derecho: la ley y el precedente, Familia jurídica: mixta, Objeto de estudio: jurisprudencia, Método de estudio: concepciones formal, material y pragmática, Fin de estudio: protección de la Constitución por la fuerza de razón, Demarcación interna: trabajo continuo, Demarcación externa: instalado en el Estado, Resolución de problemas: jurídicos de su sistema>

9.3.2. Fundamentos sobre las propiedades de la tesis teórica

9.3.2.1. Fundamento de consistencia

Los presupuestos de la consistencia de un sistema axiomático es que: **(a)** las FBF deban o bien ser afirmativas o negativas, y **(b)** que exista por lo menos un teorema; y pues al crear el sistema axiomático de la teoría, todas las FBF tienen reglas en qué casos son FBF y en qué casos no lo son, y al elaborar nuestro sistema axiomático empírico no se presento contradicción alguna y esto denota cuando se pueden crear otras FBF a partir de otros, también lo hace decidible, entre cuál es un razonamiento correcto y cuál no lo es cuando se le asigna un valor de los dominios correctos, lo cual ha sucedido en nuestro caso, siendo en total unos 19.

Por otro lado, es consistente el sistema porque han surgido cinco teoremas que han sido además demostrados a través de los axiomas.

Entonces, si la pregunta específica es: ¿Se puede generar una teoría de la justicia que sea consistente entre todos sus elementos a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia?

Y nuestra hipótesis ha sido: **Si se puede generar una nueva teoría de la justicia consistente entre todos sus elementos** a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia.

Nuestra **hipótesis se confirma** porque el sistema axiomático de la teoría que representa una concepción de justicia basada en la lucha de escuelas jurídicas es consistente

9.3.2.2. Fundamento de resolución de problemas

Los presupuestos de la completitud o resolución de problemas de un sistema axiomático se caracterizan por tener: (a) completitud respecto de la negación, esto es que todas las proposiciones tengan su demostración negativa; (b) completitud fuerte o de saturación, esto es que el sistema no puede extenderse a la adición de un nuevo axioma; y de (c) completitud semántica significa las interpretaciones deben ser completas en todo sentido del sistema.

Aquí debemos decir que nuestro sistema axiomático no es completo, aunque la característica (a) se pueda demostrar la negación de cada FBF, no se puede saber con exactitud (b) que no se agregará un nuevo axioma, con lo que podemos decir que nuestro sistema es no completo axiomáticamente, asimismo respecto a (c) también pueden surgir nuevas escuelas jurídicas o nuevas concepciones de justicia, nuevas fuentes del derecho, y demás elementos, por lo que no sabemos si se incorporará una nueva interpretación al dominio del sistema.

Asimismo, el hecho de haber creado una nueva concepción de justicia a través de la lucha entre escuelas jurídicas **se vuelve paradójico** cuando se trata de ingresar esa concepción justicia al sistema, es decir, cómo dicha concepción de justicia puede ser motivo de validez, confirmación o demostración con su mismo sistema creado, es como tratar de probar que el método inductivo se puede probar a través del método inductivo.

Entonces, si la pregunta específica es: **¿Se puede resolver todos los problemas jurídicos** mediante la nueva concepción de la justicia a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia?

Y nuestra hipótesis ha sido: **Sí se puede resolver todos los problemas jurídicos con una nueva teoría de la justicia** a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia.

Nuestra hipótesis se rechaza porque el sistema axiomático de la teoría que representa una concepción de justicia basada en la lucha de escuelas jurídicas es incompleto por no saber la cantidad exacta de escuelas jurídicas, concepciones de justicia, etc., por saber a categóricamente si se agregarán nuevos axiomas, pero por sobre todo, porque no hay forma de probar con el sistema creado su propia concepción de justicia.

9.3.2.3. Fundamento de estructuración de axiomas

Los presupuestos de la axiomatización o independencia de axiomas de un sistema axiomático se caracterizan por: (a) no ser deducible un axioma de otro axioma y (b) que los símbolos no sean tampoco sean deducible entre sí.

La creación de los axiomas como se ha podido demostrar al momento de probar los dos teoremas de nuestro sistema axiomático empírico, ninguno se deduce uno del otro y los símbolos tienen una independencia no deducible entre sí, caso contrario, jamás se hubiera podido probar los dos teoremas del sistema.

Entonces, si la pregunta específica es: **¿Se puede estructurar axiomas** para realizar una nueva concepción de la justicia a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y

las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia?

Y nuestra hipótesis ha sido: **Sí se puede estructurar axiomas para realizar una nueva teoría de la justicia** a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia.

Nuestra hipótesis se confirma porque el sistema axiomático de la teoría que representa una concepción de justicia basada en la lucha de escuelas jurídicas tiene axiomas independientes entre sí.

9.4. UNA CONCEPCIÓN DE JUSTICIA A PARTIR DE LA LUCHA DE ESCUELAS JURÍDICAS

Al haber probado que el sistema axiomatizado formal con interpretación de la teoría concepción de justicia a partir de la lucha de escuelas jurídicas es consistente y axiomatizable, más no completo, recién podemos responder la pregunta general de nuestra tesis.

Si la pregunta general es: **¿Es posible fundamentar** una nueva concepción de la justicia a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia?

Y nuestra hipótesis general es: **Si es posible fundamentar una nueva concepción de justicia** a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia **siempre en cuando cumplan dos de los requisitos de una teoría que son la consistencia, la resolución de problemas y la axiomatización.**

Nuestra hipótesis general se CONFIRMA, porque al haber demostrado que es consistente y axiomatizable, nos demuestra que la concepción de justicia a partir de la lucha de escuelas jurídicas, no solamente es posible teóricamente en forma argumentativa, sino que es posible en forma lógica.

Ahora bien, al haber demostrado que es posible una concepción de justicia a partir de la lucha de escuelas jurídicas, debemos explicar explícitamente en qué consiste y cuáles serían sus aplicaciones fácticas, las cuales haremos a continuación.

El sistema axiomatizado de la teoría se tiene el teorema 2 que pregona de la siguiente manera: Toda escuela jurídica X tiene que resolver problemas X", la cual implica que toda escuela jurídica que tenga sus elementos completos debe resolver problemas en su sistema, de lo contrario se torna en inconsistente, es decir, que por más que tenga todos sus elementos como se demuestra en el teorema 1 y 5, será desechable, porque no está contribuyendo a la solución de problemas o en todo caso no hay evolución de la escuela jurídica; por lo tanto, la clave del sistema es la **consistencia** de la escuela basada en la **resolución de problemas jurídicos** por parte de su sistema.

Por otro lado, las reglas en forma proposicional que sintetizan la teoría a lo largo de la tesis son las siguientes:

- 1) El hombre es responsable sí y sólo sí es coherente con lo que piensa, habla y actúa.
- 2) El hombre comete una contradicción cuando no se somete al proceso de acuerdo a lo que piensa, habla y actúa.
- 3) En un Estado evolucionado deben existir varias formas de administrar justicia que evite la contradicción de la ideología del hombre entre lo que piensa, habla y actúa.
- 4) La función principal de que el hombre tenga una determinada concepción de justicia es pensar, hablar y actuar con coherencia, a fin de que el hombre asuma sus responsabilidades.
- 5) Para que funcione en forma básica la concepción de justicia a partir de la lucha de escuelas jurídicas debe modificarse la constitución del Estado.
- 6) Cualquier Estado evolucionado debe permitir la incorporación de una concepción de justicia a partir de la lucha de escuelas jurídicas en su constitución.
- 7) Una escuela jurídica es aquella que cumple los requisitos de los elementos básicos, delimitación interna y delimitación externa.
- 8) Una supuesta escuela jurídica es aquella que cumple sólo los requisitos de los elementos básicos y demarcación interna.
- 9) Una escuela jurídica en potencia es aquel prototipo doctrinario que cumple con ciertas partes de los requisitos de los elementos básicos y ninguno de las partes de la demarcación interna y demarcación externa.
- 10) Una escuela jurídica necesariamente tiene una consistencia con una determinada concepción de justicia, una forma de gobierno y un sometimiento una o más fuentes principales del Derecho.
- 11) Una escuela jurídica que es consistente con su concepción de justicia, forma de gobierno y fuente principal emplea una familia jurídica en específico.
- 12) Una escuela jurídica que es consistente con su concepción de justicia, forma de gobierno, fuente principal y familia jurídica es necesariamente aprobada por el Estado para administrar justicia.
- 13) Toda persona tiene el derecho de elegir una determinada escuela jurídica aprobada por el Estado.
- 14) Toda persona tiene el derecho a trasladarse a otra escuela jurídica aprobada por el Estado.
- 15) La persona que desee trasladarse a otra escuela jurídica debe exponer sus motivos ante el sistema de administración de justicia a fin de hacer público su cambio a los miembros de su escuela jurídica y de las demás escuelas jurídicas, ello debe ser por el espacio de 3 meses.
- 16) La persona no podrá trasladarse a otra escuela jurídica siempre en cuando tenga un proceso pendiente en su escuela jurídica.
- 17) La persona no podrá trasladarse si no ha sido aceptado por otra escuela jurídica aprobada por el Estado.
- 18) Para que funcione perfectamente la concepción de justicia a partir de la lucha entre escuelas jurídicas, todas las personas deben estar inscritas una determinada escuela jurídica aprobada por el Estado.
- 19) Para que funcione en forma básica la concepción de justicia a partir de la lucha entre escuelas jurídicas, deben existir en un Estado por lo menos 2 escuelas jurídicas aprobadas por el Estado y miembros inscritos en dichas escuelas.
- 20) Para ser miembro de una escuela jurídica aprobada por el Estado deben inscribirse en el Sistema de Identificación de Escuela Jurídica.
- 21) El Sistema de Identificación Escuela Jurídica es un sistema altamente elaborado que permite el acceso para la verificación del estatus de los miembros de diferentes escuelas jurídicas.

- 22) Toda persona tiene el derecho de evolucionar a una supuesta escuela jurídica o a una escuela jurídica en potencia.
- 23) Toda persona tiene el derecho de crear una escuela jurídica que sea aprobada por el Estado
- 24) Las reglas que utiliza una determinada escuela jurídica aprobada por el Estado sólo es válida para los miembros de ésta escuela.
- 25) Los conflictos entre un miembro de una determinada escuela jurídica aprobada por el Estado con un extranjero o con aquellos que no tienen una determinada escuela jurídica serán resueltos bajo las leyes que impone cada uno.
- 26) Es totalmente posible que una determinada escuela jurídica estipule en sus leyes que en caso de conflictos con personas que no tengan escuelas jurídicas aprobadas por el Estado, las personas que han entrado en conflicto se rijan por las leyes extranjeras.
- 27) El acto de estipular leyes que coloquen a los miembros de una determinada escuela jurídica bajo las leyes de los extranjeros se fundamenta en la sanción por el hecho de haberse involucrado con personas que no tienen su misma concepción de justicia y al mismo tiempo de no acusar de injusta a su escuela jurídica porque tenía en conocimiento sus responsabilidades.
- 28) La evolución de una supuesta escuela jurídica en un primero momento plantea su concepción de justicia; luego la escuela jurídica a la que se adecua, determinando su(s) fuente(s) principal(es) del Derecho y familia jurídica; después la forma de gobierno a la que debe regirse; y finalmente hacer surgir la forma de economía que elige la población en coherencia a lo que promueve.
- 29) La lucha de escuelas jurídicas promueve que entre ellas asuman la responsabilidad de demostrar qué concepción de justicia a medida que avanza el tiempo sigue siendo consistente y resuelve de forma eficaz sus problemas jurídicos.

El lector se estará preguntando, por qué algunas proposiciones no están como axiomas o como teoremas del sistema axiomático formal, la respuesta es simple: **(a)** porque hemos demostrado que nuestro sistema axiomático no es completo, pero sí consistente y axiomatizable, lo cual no implica que sea malo, sino que tal como habíamos explicado bajo la demostración de Gödel, ningún sistema puede tener las tres propiedades, a lo mucho puede tener dos, pero tenga sólo una propiedad, la hace débil a la teoría o no muy confiable; entonces por tal razón no se puede consignar todas las proposiciones al sistema, sino más sí de forma básica.

(b) Cuando no es completa el sistema axiomático en las ciencias empíricas o sociales, entonces debemos completarla con argumentos expuestas como reglas, las cuales no necesariamente deben aislar a los axiomas que han sido evidenciados en el sistema axiomático formal, sino que pueden presentarse en su totalidad, lo cual es mucho mejor a fin de que se tenga una visión general de la teoría propuesta.

Por otra parte, debemos precisar que cuando asignamos la palabra FUNDAMENTOS, el lector pueda preguntarse: en qué parte de la tesis se evidencia éstos fundamentos; para responder se comenzará identificando dicha palabra como: ideas angulares que permiten construir una teoría que necesariamente debe seguir evolucionando, o como suelo decir a mis alumnos cuál es tu roca de cimiento.

De esa manera, podríamos llegar a afirmar que las **ideas angulares que dan origen a la teoría de una concepción de justicia a partir de la lucha entre escuelas jurídicas están**

en esos 29 postulados, que también pueden ser asumidas a modo de resumen de todo lo que se ha podido exponer hasta el momento.

Otro lector podría llegar incluso a decir que el sistema axiomatizado (que en dicho sistema los axiomas son los fundamentos) y los 29 postulados (que en forma propositiva están los fundamentos) no representan una nueva teoría, sino tan sólo un sistema o un mecanismo y quizás ni siquiera altamente elaborado, que sólo permite saber qué es una escuela jurídica en sentido lato; nosotros le responderíamos: **(a)** para comenzar una teoría no viene a ser otra cosa que un conjunto de proposiciones que no se contradigan entre ellos con la finalidad de proponer una nueva visión sobre alguna situación confusa, no aclarada, contradictoria u otra circunstancia análoga, como es en nuestro caso evitar la inconmensurabilidad de diálogos y la imposición de criterios en un sistema judicial X.



Figura 11. Lucha por la consistencia entre escuelas jurídicas

Fuente: Vivanco Nuñez Pierre Moises

Y finalmente, **(b)** una teoría necesariamente debe tener un mecanismo de solución de conflictos del cual trata de resolver, aun cuando ésta no haya sido comprobada, pero que por lo menos tenga en sus proposiciones la posibilidad de ser contradicha o negada a fin de ésta no sea metafísica, sino una teoría comprobable y por supuesto, aplicable.

La teoría propuesta no es que sólo sea una forma romántica de apreciar las cosas, sino que se puede aplicar en varias circunstancias, tales como el Poder Judicial, la teoría de la justicia multicultural, la enseñanza del Derecho, el trabajo con las Universidades y su impacto en la sociedad, determinar los perfiles de los futuros operadores del derecho, evitar el escape de las responsabilidades de las personas sobre sus actos, mejorar el sistema de

investigación entre muchas más, las cuales haremos explícitas en el siguiente capítulo de la tesis.

Y quizás la forma gráfica del cómo podemos exponer la teoría es mediante la **figura 11**, la cual sintetiza nuestra idea de la nueva concepción de justicia, la cual muestra cómo las escuelas jurídicas aprobadas por el Estado entran en competencia o una sana lucha por ser el más consistente, de las cuales sólo una será la victoriosa, por tal razón evitaremos la imposición de concepciones de justicia, imposiciones de sistemas incoherentes y producto de la razón teórica y práctica prevalecerá el sistema más adecuado, sistema de administración de justicia que debemos y deberemos seguir porque entre todas fue la más consistente.



CAPÍTULO X FUNCIONALIDAD PRÁCTICA DE LA NUEVA CONCEPCIÓN

10.1. MÚLTIPLES FORMAS DE ADMINISTRAR JUSTICIA

10.1.1. Visión general

Una concepción de justicia a partir de la lucha entre escuelas jurídicas produce una sana competencia para determinar en forma justa cuál de las concepciones de justicia es la más consistente con lo que pregona, en tal sentido, para poder explicar sus aplicaciones en los diferentes niveles del conocimiento, se debe hacer mención que para que funcione ésta teoría, primero debe modificarse la constitución del país donde se aplicará la teoría y luego debe permitirse la instalación de jueces de acuerdo a las concepciones de justicia oficiales juntamente con sus escuelas jurídicas y formas de gobierno, a fin de que comience una lucha, caso contrario, sólo se quedaría como teoría romántica.

Indudablemente, para que se ponga en funcionamiento la teoría, debe existir primero capacitación y convencimiento del aporte de una justicia multicultural consistente en los operadores del Derecho y sobre todo de los ciudadanos, ya que multiculturalidad no solamente abarca a la realidad nacional, económica o política, sino que está compuesta por la ideología que tiene la persona, el de defender su concepción de justicia, entonces convencido de ello, recién se pasa a evaluar el presupuesto nacional para capacitar en sentido estricto a los diferentes magistrados, aunque ello no será problema si las universidades ya han comenzado una revolución académica por la conquista de un verdadero sistema de administración de justicia.

Por esa razón, comenzaremos explicando los beneficios de tener en sentido estricto una justicia multicultural consistente, que no viene ser otra cosa que la competencia entre escuelas jurídicas aprobadas por el Estado.

10.1.2. Justicia multicultural consistente

No es lo mismo justicia multicultural consistente a la justicia por comunidades campesinas, rondas campesinas o nativas, ya que en el caso de las segundas siempre existe un ente rector que los limita en aplicar su justicia en sentido estricto: la justicia impuesta por Estado, la que si por a o b no cumple la resolución o acuerdo comunal y los derechos fundamentales que el Estado considera, simplemente será anulada.

Lo que tratamos de decir es que nuestra propuesta no debe confundirse con el clásico conflicto que existe entre una justicia producida por el Derecho consuetudinario y la justicia formal impuesta por el Estado, en la que el juez siempre debe preferir la justicia formal estatal, sino que lo que se pretende es romper dicha tensión con la aplicación de una justicia multicultural consistente, es decir, evitar la preferencia de imposición de la justicia consuetudinaria o de la formal estatal, ya que ninguno es mejor que el otro.

La justicia multicultural consistente viene a ser la instalación de varias escuelas jurídicas a nivel nacional, pero esta no viene a ser una instalación caprichosa, arbitraria o sin sentido, sino que dicha escuela debe tener una determinada concepción de justicia común a los pobladores de una comunidad, y al mismo tiempo dicha escuela debe contar con una forma de gobierno con la que pretenden regirse; en tal circunstancia, los pobladores o bien podrían adecuarse a una de las escuelas consistentes estudiadas en la presente tesis: iusnaturalista teológica, libre del Derecho, realista escandinava, realista estadounidense, iusmarxista o teoría de la argumentación jurídica; o en todo caso **crear su propia escuela jurídica consistente**.

Ahora bien, si la población desea crear su propia escuela jurídica que no es coherente con su forma de gobierno y tampoco a los ideales de su concepción de justicia, simplemente en la práctica tarde o temprano fallará, porque teóricamente se demostró que es inconsistente, y si pese a ello la población considera que es adecuada, el Estado debe negarle la autorización a que se rijan bajo una administración de justicia teóricamente imposible, a menos que lleguen a demostrar que su propuesta es viable teóricamente, lo que implica que debe tener investigadores y seguidores en evolucionar la escuela jurídica en potencia o la supuesta escuela jurídica; caso contrario, si el Estado permite de forma oficial autorizar una determinada forma de administración de justicia que es incoherente entre todos sus elementos, se estaría cayendo en un populismo desenfrenado, en una democracia irracional, de aprobar cualquier cosa antojadiza, imperando la irracionalidad sobre la razón.

Entonces, un grupo de personas con justa razón puede hacerse la siguiente interrogante: ¿quién debe ser el encargado de evaluar si la propuesta de la creación de una nueva forma de administrar justicia es válida o no la es?, ya que el Estado puede aceptar o negar de forma arbitraria una escuela jurídica; la respuesta es sencilla, los que deben evaluar en un primero momento son los mismos operadores del Derecho, y lo deben hacer a través de papers e investigaciones para demostrar que si es viable o no lo es, y luego de ese trabajo el mismo Estado debe convocar a un grupo de personas entendidos en los temas de creación de escuelas jurídicas, sobre los perfiles que debe tener el juez de un sistema, en la enseñanza del Derecho, entre otros factores para que den conformidad al Estado de aceptar o no a la Escuela Jurídica, esas personas entendidas son los filósofos del Derecho (Ésta personificación la explicaremos en el apartado 10.4.1.)

De esa manera, al ser pública la información y que cualquier persona, tenga la información al alcance de sus manos tornaría en un total escándalo que se acepte una escuela jurídica inconsistente teóricamente o en todo caso que se niegue a una escuela jurídica consistente, por lo tanto, fácilmente se puede deducir que la corrupción ha comenzado y deben ser juzgados los que han estado involucrado en dicho acto por sus sistemas de administración de justicia.

Con una justicia multicultural consistente se pretende: **(a)** eliminar sistemas de justicia incoherentes, las que se contradicen entre las (1) herramientas o métodos de administrar su justicia juntamente con su (2) concepción de justicia y la (3) forma de gobierno que tienen, ya que teóricamente no persiguen un fin coherente en su sistema, sino tan solo un sistema que aparentemente brinde una solución de conflictos, pero que en el fondo sólo trata de manipular el juzgamiento de unos y otros preferencialmente, ya los pobladores no tienen un norte o un ideal en común, ni cómo plasmar en concreto lo que piensan para ser una mejor sociedad.

Y **(b)** que los ciudadanos tengan el derecho supremo de elegir por la inclinación que tengan a una determinada concepción de justicia, de juntarse un grupo de personas que tengan un mismo (1) ideal o concepción de justicia aplicando (2) herramientas o métodos nacidos de ése ideal y tener una (3) forma gobierno que permita una convivencia de paz según su sistema, así el hombre ya no puede escapar a su responsabilidad o afirmar que desconocía que se juzgaba a una persona de tal forma porque tenía otra concepción de justicia.

Entonces, la diferencia radica en que mientras las justicias por comunidades campesinas, rondas campesinas y nativas están bajo la supervisión de los intereses de la visión Estatal y su forma de administración de justicia; una justicia multicultural consistente, no lo está, ya

que existen otras formas de administrar justicia de acuerdo a las concepciones de justicia de los ciudadanos, y lo único que el Estado debe hacer es poner en función el Poder Ejecutivo de común denominador a todas las escuelas de un Estado, ya que el Judicial, Legislativo y Ejecutivo singular estará a cargo de los ciudadanos adscritos a una determinada escuela jurídica hasta que por sí sola demuestren que si sistema es INCOSISTENTE, a fin de que se quede como un referente histórico de que así no se debe administrar justicia.

Otra pregunta que debe ser motivo de ser respondida es: ¿qué diferencia existe entonces de una justicia multicultural con un Estado federalista, acaso no es la misma propuesta?, tenemos que decir, que no, no son la misma propuesta, porque en un Estado federalista, existe un jefe de Estado, un solo Congreso y un Tribunal Supremo, pero en una justicia multicultural consistente, existen tantos jefes de estado, Congresos y Tribunales Supremos como existan escuelas jurídicas consistentes en un determinado Estado, por ende el Estado que contenga una justicia multicultural consistente sólo debe tener una constitución la cual debe manejar las 29 reglas expuestas en la presente tesis, más no la imposición del cómo deben juzgar, cómo deben gobernar o cómo realizar sus leyes en cada sistema.

El hombre primero busca su identidad en base a una determinada concepción de justicia, luego busca la forma en cómo debe ser juzgado en base a esa concepción de justicia, y luego cómo ha de administrar su convivencia con los ideales que se ha propuesto seguir, así como hemos dicho antes el hombre es responsable con lo que piensa, habla y actúa.

Quizás alguien esté pensando, entonces lo que pretende una justicia multicultural consistente es que se creen micro Estados dentro de un Estado, diremos que no es así, porque las ciudades-estado como Atenas y Esparta tenían un territorio y un población en común y cada una de ellas su propia forma de gobierno y administración de justicia, pero la justicia multicultural, no lo es, pese a que tenga tantos congresos, tribunales supremos o jefes de estado cuantas escuelas jurídicas existan, éstas pueden estar repartidas estratégicamente en cualquier parte del Estado X, ya que cada escuela jurídica consistente no tiene un territorio debidamente delimitado, ni hacen una exclusión clasista de la población, sino que los pobladores del Estado X tienen el mismo espacio del Estado X, sólo que van a existir distintas formas de administrar justicia entre otros elementos más.

10.2. ORGANIZACIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

10.2.1. Determinación de los perfiles del juez

Los perfiles que debe tener un juez son múltiples, pero si por un fundamento debemos partir es por la concepción de justicia con la que ha crecido y aún mantiene, sólo que por la imposición de una determinada concepción de justicia que el Estado ha asignado, el juez poco a poco comienza a tener conflictos y dilemas éticos como académicos, por esa razón es que con nuestra teoría propuesta indica que el perfil del juez puede ser potenciado y sobre todo salvaguardando su derecho a tener una determinada concepción de justicia.

Los perfiles son entendidos como las características imprescindibles que debe tener una persona u objeto a fin de cumplir su función idóneamente, por lo que, si juntamos la palabra perfil con el de juez o jueces, estaríamos indicando lo antes expresado, sólo que en vez de consignar a una persona o cosa lo singularizamos con juez.

La pregunta es: ¿cuáles son esos rasgos o características imprescindibles que debe tener el juez para que cumpla idóneamente la función jurisdiccional?, para responder dicha pregunta, nosotros tendremos que discrepar con las diferentes investigaciones que

pretendido obtener una respuesta universal, general o estándar, ya que para nosotros el perfil del juez dependerá del tipo de concepción de justicia al que esté adscrito por convicción y no por imposición.

Lo que tratamos de decir es que, cada escuela jurídica al tener una determinada concepción de justicia, el juez adscrito por convicción a esa determinada concepción de justicia, el perfil también tendrá diferentes rasgos y pesos para la selección de sus jueces.

Por ejemplo, para el caso de una escuela iusnaturalista teológica cuya concepción de justicia es divina, el rasgo y peso principal será la ética y la obediencia que tenga hacia los libros sagrados, y no solamente dentro de su Poder Judicial, sino también fuera de ella, en los demás estamentos de la vida, caso contrario podría ser vacado por la falta de moral, siendo casos como el adulterio o el hecho de haberse excedido de copas en una fiesta familiar; a diferencia de un sistema o escuela realista estadounidense cuya concepción de justicia es utilitarista, cuyos rasgos y pesos más fuertes será en la resolución de casos, no importando si su vida esté llena de adulterios o escándalos menores, ya que lo importante es que su perfil se enfoque dentro de su Poder Judicial y no fuera de ello, poniendo tan sólo una amonestación administrativa que haya ocasionado fuera de su labor jurisdiccional.

Los perfiles van a variar en mayor o menor grado cuando se cambia de sistema o escuela jurídica, por lo que tratar o pretender que todos los jueces tengan los mismos pesos, grados y rasgos es imposible; tal vez una escuela le dé mayor peso al aspecto cognitivo basado en el conocimiento jurisprudencial que al que esté basado en la investigación académica y publicación que haya tenido una persona, puede ser que otra escuela le dé mayor importancia a la forma en cómo motiva la resolución de diferentes conflictos jurídicos que a la formación que ha tenido como docente en una determinada área.

Al pretender realizar un perfil estándar, muchas veces se cae en una arbitrariedad, ya que algunos dirán tendrá la experiencia necesaria, pero no tiene los grados académicos necesarios, o viceversa, tal vez unos le den mayor importancia a la vida y trascendencia ética de una persona porque garantiza una mayor independencia que al conocimiento de la doctrina jurisprudencial que pueda tener; por eso, los perfiles no deben ser estándar, sino que deben ser delimitados de acuerdo a las ideologías de cada concepción de justicia que tiene cada escuela jurídica.

Para saber entonces cuáles deberían ser los perfiles de cada escuela, como hemos advertido líneas más arriba, específicamente en el apartado 3.2.2.1. del capítulo III de la presente tesis, son los investigadores comprometidos de cada escuela jurídica los que se encargarán de evolucionar y brindar una serie de respuestas que su programa está comprometido a resolver, por eso todo dependerá de dichos investigadores, pero sobre ésta labor en específico, al cual nosotros denominamos **los epistemólogos del derecho**, la explicaremos con mayor detalle en el apartado 10.4. del presente capítulo.

Al haber comprendido que los perfiles se elaborarán de acuerdo a las necesidades ideológicas de justicia que tiene cada escuela jurídica, entonces también es posible elaborar los perfiles de los diferentes operadores del derecho y porque no decir también que ellos habrán de recibir un tipo de enseñanza jurídica, pero de ello hablaremos más adelante, específicamente en el apartado 10.3.3. del presente capítulo.

Por lo tanto, los perfiles de los jueces son más potentes si son elaborados de acuerdo a la forma de administración de justicia que han sido aprobados por el Estado, es decir, por las escuelas jurídicas consistentes.

10.2.2. Determinación de las políticas jurisdiccionales

Las políticas jurisdiccionales al igual que los perfiles de los jueces y operadores del derecho serán de acuerdo a las necesidades ideológicas de cada concepción de justicia, por lo que se evitará los cambios en forma arbitraria de programas o políticas judiciales, pongamos como ejemplo la implementación del Nuevo Código Procesal Penal.

Dicha política jurisdiccional no solamente produjo la capacitación de jueces penales, sino de los operadores del Derecho y consecuentemente en la enseñanza de las currículas universitarias, ello conlleva a una comunlanización de los jueces que estaban adaptados al civil law, la pregunta es: ¿un sistema que tiene una tradición germano-romana puede tener rasgos del common law? Y si puede, debe hacerlo en su totalidad o debe hacer en una sola parte del Derecho Procesal, surgiendo una serie de preguntas, como: ¿traería consecuencias más negativas que benéficas el hecho de implantar un sistema common law a un sistema civil law?

Quizás alguien pueda decir: acaso no existen familias jurídicas mixtas y que funcionan muy bien, a lo que nosotros debemos responder: aquellos países donde existen familias jurídicas mixtas son porque así lo han decidido desde un inicio y no porque hayan pretendido aprobar una ley que supuestamente funciona bien con otra realidad nacional y otra realidad económica, pero que ni siquiera hayan realizado un estudio sociológico jurídico para brindar una certeza probabilística si será buena o no.

Lo que conlleva a la siguiente reflexión, una fuente del Derecho puede ser más fuerte que la concepción de justicia de un sistema de administración de justicia, para nosotros la respuesta es un no; ya que si la ley, el precedente, la doctrina, la costumbre o el acto jurídico no están acorde a los ideales de una determinada concepción de justicia, no deberían permitirse su aprobación, es decir, que ninguna fuente del Derecho puede modificar una determinada concepción de justicia, pero si se puede hacer en viceversa.

Por ello, las políticas jurisdiccionales al hacerse de acuerdo a los ideales de justicia de una determinada administración de justicia son mucho más potente que tratar de imponer una política jurisdiccional anacrónica o caprichosa en distintas realidades de un Estado, por ello la gestión y administración de los juzgados deben estar acorde a las escuelas jurídicas consistentes; y **no hacerse a la inversa, es decir, que la Política jurisdiccional esté por encima de los ideales de justicia.**

De repente, una determinada escuela jurídica no permite tener más de dos asistentes jurisdiccionales por cada despacho judicial, ya que los que realizan los proyectos de sentencia son los asistentes que los mismos jueces, o que si no cumplen una determinada cantidad de opiniones legales, denuncias, motivación de resoluciones, diligencias judiciales, etc. no serán renovados por no cumplir los estándares de la política jurisdiccional y que gracias a ello, en lugares donde no ocurre mucho crimen, los fiscales realizan diligencias innecesarias, sólo por cumplir los estándares.

También ocurre sobre la elección de jueces y fiscales, que al ser pertenecientes a un lugar distinto son seleccionados para otro lugar geográfico y otra realidad cultural y que luego de pasar 2, 3 o 5 años son removidos o ubicados en otros lugares, entonces la idea no es

continuar con ello, sino que se modifiquen y se apliquen políticas jurisdiccionales concretas en razón a los ideales de justicia de cada sistema de administración de justicia aprobada por el Estado.

Para hacer el seguimiento tanto de los perfiles de los jueces, operadores del Derecho y de las Políticas Jurisdiccionales, éstas deben trabajar bajo un observatorio universitario, porque desde allí se puede inculcar y tratar las deficiencias que tienen cada sistema o escuela jurídica aprobada por el Estado, la cual estudiaremos en el siguiente ítem.

10.3. PROGRESO UNIVERSITARIO

10.3.1. Observatorio universitario de la función jurisdiccional

Para iniciar éste apartado debemos explicar qué es un observatorio y cuál es su función, de acuerdo al profesor Carlos Ortuño un observatorio es: “(...) un punto de mira, un punto de enfoque, una atalaya digital desde la cual se observa un objeto o una situación. Al mismo tiempo, se le concibe como un mecanismo de monitoreo de tendencias detectables en su ámbito de observación” (citado en Angulo 2009: 7); lo cual implica que al igual que un observatorio astronómico, el observatorio en ciencias sociales viene a ser el seguimiento de un determinado fenómeno para conocer el comportamiento a través de una serie de recogida de datos e información.

Y acerca de la función del observatorio, para Prieto debe cumplir dos funciones: (a) investigar, esto es que describa, evalúe, cuestione, sugiera, etc. los contenidos de lo que se ha pretendido observar; y (b) brindar la información analizada a la comunidad (citado en Angulo 2009: 8); pero debemos aclarar que éste tipo de investigación de monitoreo debe diferenciarse con la investigación que realizan los científicos para resolver problemas en específico.

Entonces, un observatorio universitario sobre la función jurisdiccional tendrá una investigación distinta a la investigación a la que realizan los miembros de una comunidad científica jurídica en específica, y como uno de los ejemplos, lo presenciamos con el proyecto de observatorio jurídico de la Universidad Ruiz de Montoya (publicada en su página web oficial universitaria), la cual ha definido su observatorio jurídico como: “(...) un espacio de análisis de los datos relativos a la marcha de la justicia en el Perú, para tener información objetiva y actualizada sobre la materia y visibilizar la problemática que atraviesa, con el propósito de contribuir en el impulso de las necesarias reformas al respecto” (2015: s/p); con ello, lo que pretenden es monitorear los problemas de justicia que tiene el Perú a fin de evidenciar lo que estaba oculto.

Asimismo, en su misma página web oficial citada anteriormente explica que los datos obtenidos de distintas instituciones dedicadas al servicio o administración de justicia la publicarán en forma mensual en revistas, y que los datos a los cuales harán seguimiento serán sobre:

1. Número de causas en giro en los juzgados, por especialidad y jurisdicción.
2. Carga procesal por magistrado.
3. Incremento anual de la carga procesal.
4. Tiempo promedio en la resolución de los procesos, por materia y jurisdicción.
5. Calificaciones de los magistrados.
6. Perfiles de litigantes.
7. Cuantía de los juicios.
8. Costo de los procesos.

9. Tasa de actividad de los abogados.
10. Performance de las facultades de Derecho.
11. Información estadística sobre las causas en las que el Estado es parte.
12. Estadísticas sobre sanción de magistrados y personal auxiliar.

El proyecto establecido por la Universidad Antonio Ruiz de Montoya es excelente y como paradigma deben seguir las distintas universidades y hacer el monitoreo de acuerdo a las áreas geográficas donde están establecidas, sin embargo, debemos discrepar en parte con el observatorio jurídico planteado, porque dicho proyecto no tiene “un marco de referencia para establecer si está funcionando bien o no los fenómenos que desea observar”, esto es que la obtención de datos por sí sólo no dice mucho y que incluso pueden llegarse manipular los datos, por tal razón el marco referencial debe tener un propósito claro y un contexto delimitador para establecer las anomalías, los errores, las falencias, extrañezas que hay en un sistema determinado o fenómeno jurídico.

Lo que tratamos de decir es que, un observatorio sea de cualquier rama que no tenga un marco de referencia está trabajando sobre la nada o en arenas movedizas, porque si un observatorio que quiera monitorear la función jurisdiccional de un determinado Estado, primero debe saber sobre que contexto está funcionando y recién afirmar si está funcionando bien o no, por ejemplo: qué sucede si un observatorio desea saber estadísticamente cuántas resoluciones emiten los jueces superiores al mes en la Corte Superior de Justicia de Junín, y luego se pronuncia mediante un informe que los jueces emiten 35 sentencias al mes, las preguntas devienen en: ¿la cantidad que emiten los jueces es poco, regular o bastante?, ¿la cantidad que emiten los jueces puede asemejarse a la productividad del juez?, ¿la cantidad que emiten los jueces es una cantidad verdadera que realizan los jueces o son las cantidades que realizan sus secretarios y otros asistentes jurisdiccionales?, ¿la cantidad de resoluciones emitidas por los jueces denota la verdadera administración de justicia o son otros factores?; por lo tanto, la información estadística sin un marco de referencia es inútil y por lo tanto también manipulable.

Lo mismo sucede si queremos o pretendemos monitorear los perfiles de los jueces, ya que por ejemplo, al monitorear si los jueces están acorde al perfil, debemos preguntarnos primero a qué tipo de perfil están acorde, porque para algunos un verdadero perfil del juez es en la que debe primar la ética, para otros la productividad judicial, para otros la calidad de la sentencia, para otros las consecuencias de sus sentencias, etc., y si en caso se toma como el marco referencial el perfil de jueces que ha sido designado el CNM, la pregunta es: el perfil elaborado por el CNM está acorde a los estándares del Estado Constitucional o no lo están; por esas razones es que decimos que la información extraída sin un marco referencial es inútil.

Ahora, podría ser más perjudicial si de todas formas se recogen datos y se emite los informes periódicamente y a través de los datos extraídos se comienza hacer una tendencia o armar lo que debe ser en realidad un fenómeno, entonces se llegaría al extremo de afirmar que si no existe un marco referencial, los datos elaboran el marco referencial, la cual nos está diciendo implícitamente que **los datos priman sobre los fines de la justicia o en todo caso que los datos son los que moldean a la justicia**, y nuestra reflexión es: ¿acaso no debería monitorearse a través de los datos los errores, anomalías, falencias, etc. de un fenómeno, objeto, etc. siempre en cuando exista un marco referencial idóneo?

Con nuestra teoría propuesta demarcamos el problema entre la confusión entre investigaciones de observatorio con las investigaciones que deben realizar las escuelas

jurídicas, porque el observatorio es sinónimo de vigilancia, es decir, si están funcionando bien las instituciones o fenómenos jurídicos en sentido lato; estamos de acuerdo en que ambas investigan, pero sus fines son distintos, mientras que el observatorio investiga el cumplimiento idóneo de las escuelas jurídicas aprobadas por el Estado (sistemas de administración de justicia) a fin de hacer evidente las anomalías, errores, falencias del sistema; la investigación que se realiza dentro de las escuelas jurídicas aprobadas por el Estado se encarga de solucionar los problemas o las anomalías que ha hecho evidente el observatorio jurídico, asimismo de solucionar problemas del mismo sistema.

En pocas palabras, deben existir tantos observatorios jurídicos como escuelas jurídicas aprobadas por el Estado existan, pero entonces también debe existir un observatorio general, un observatorio de la lucha entre escuelas jurídicas, porque existe también un sistema o una concepción de justicia a partir de la lucha entre escuelas jurídicas; dicho observatorio general va a supervisar a los demás observatorios particulares a fin de hacer evidente los problemas implícitos que no se han podido percatar los diferentes observatorios particulares o en todo caso hacerles dar cuenta que sus escuelas tienen más problemas de anomalía que solidez en la resolución de sus conflictos jurídicos.

El observatorio general también evidenciará sobre las distintas escuelas jurídicas aprobadas por el Estado que están a la vanguardia con su CONSISTENCIA y cuál de ellas tiene está decayendo, a fin de que los investigadores de las escuelas jurídicas aprobadas por el Estado contribuyan mucho más.

De tal suerte, que el observatorio de los observatorios de las escuelas jurídicas aprobadas por el Estado tiene la finalidad de **(a)** recopilar la información de las realidades de cada escuela jurídica aprobadas por el Estado; luego de **(b)** evaluar si información proporcionada de cada escuela es real o no la es, porque posiblemente estén maquillando la información para demostrar que su escuela aún es una fuente de resolución de problemas jurídicos, cuando en realidad no lo es; y **(c)** finalmente la de brindar la información sistematizada a la población; y a manera de colofón también deben estar los observatorios de las supuestas escuelas jurídicas, escuelas jurídicas en potencia o de los que están creando nuevas escuelas jurídicas con la finalidad de informar su estatus quo.

Para concluir éste apartado, los observatorios particulares pueden ser múltiples, no debe caerse necesariamente en la monopolización, por lo que los observatorios o bien pueden pertenecer a una universidad, pueden pertenecer a un instituto estatal o pueden ser independientes; para nosotros **deberían pertenecer a las universidades**, por es allí donde radican las mentes más prodigiosas y hay una sinapsis académica jurídica a la vanguardia, lo cual nos conlleva a analizar la enseñanza jurídica en las universidades, que es motivo del siguiente apartado.

10.3.2. Mejoramiento de la enseñanza jurídica

Las escuelas y/o facultades de Derecho son las que capacitan y perfilan a los futuros operadores del Derecho, por esa razón es toda una hazaña elaborar para dichas facultades una malla curricular. Ahora bien, una malla curricular en sentido lato es entendida como un conjunto de asignaturas de una determinada carrera profesional a fin de que dichos cursos en su conjunto preparen al estudiante y obtenga un determinado perfil, por lo que los profesores una vez que ingresen a enseñar a una determinada facultad deberán regirse al sílabo propuesto por la determinación de la malla curricular.

Entonces, entre una de las dificultades a la que enfrenta todo profesor de la carrera de derecho es: ¿Cómo enseñar derecho sin aún no se sabe qué es derecho? ésta reflexión trato de responder el maestro Manuel Atienza mediante su artículo *¿Es posible una enseñanza científica del derecho?*¹, en la que problematiza que la enseñanza del derecho no se resolverá con la introducción de nuevos métodos y técnicas de enseñanza, sino reflexionando primero quién enseña, a quién y para qué; problemas como ¿Puede la dogmática no enseñarse dogmáticamente? o ¿cómo pueden las facultades de derecho decir que enseñan ciencia jurídica cuando los profesores interrelacionan al derecho con la teología, la historia, la sociología, la antropología, la lógica, etc.? (2008: 17-18)

El profesor Atienza (2008: 21-22) continua problematizando con las siguientes preguntas: ¿es posible que el profesor permanezca neutral cuando explica historia o sociología del derecho?, asimismo la existencia de la dogmática jurídica justifica para el alumno y el docente partir de datos indubitables, es decir, de la norma jurídica, la cual es el estudio a partir de esquemas lógicos, o es que también puede analizarse a partir de datos ordenados empíricos o quizás extenderse al derecho comparado o a la teoría general del derecho, lo cual ya desborda poco a poco el análisis de la norma jurídica; por ello es que el problema fundamental según Manuel Atienza es: "(...)" que la enseñanza del derecho no estriba en que se trate de una enseñanza demasiado teórica, sino más bien en que no existe una auténtica teoría, una teoría práctica y crítica (...)" (2008: 23), reflexión que nos remonta a la clásica pero potente pregunta: ¿Qué es el derecho?, una problemática ancestral de corte filosófica y epistemológica.

De tal suerte, que el maestro Robert Alexy se pronuncia sobre la ontología del derecho con su artículo titulado *La naturaleza de la filosofía del derecho*, en la que afirma: "(...)" definir a la filosofía del derecho como razonamiento de la naturaleza del derecho. (...) trata de un problema de circularidad (...) ¿Cómo puede la filosofía del derecho comenzar a explorar qué es el derecho, si es imposible decir qué es la filosofía del derecho sin saber de antemano qué es el derecho? Con todo, esta circularidad no es viciosa sino virtuosa en su carácter (...)" (1989: 10-11).

Así los docentes se enfrentan a un reto más grande, ¿Cómo explicar qué es el derecho, si no se sabe hasta el día de hoy qué es derecho?, qué enseñamos los docentes, la norma, las instituciones jurídicas, las costumbres, la jurisprudencia, los hechos sociales, es una pregunta muy enérgica de responder, sin embargo, las escuelas o facultades de derecho enseñan derecho sin tener en claro qué es derecho, no es esta circunstancia un tanto irónica. Pero como el mismo Robert Alexy señala, ésta problemática no es viciosa, sino virtuosa por cuanto, esa es la razón de estudiar derecho, porque nada está dicho aún; sin embargo, nosotros respondemos a la pregunta de qué es derecho en el apartado **10.4. del presente capítulo.**

Por otro lado, el profesor René Ortiz de la PUCP con su artículo *La enseñanza del Derecho: Cambio de paradigma* explica acerca de la introducción de valores positivos como parte de la formación a la carrera de abogacía así como la actualización del perfil del abogado, ya que el modelo clásico de la ciencia jurídica no aceptaba o en todo caso consideraba un absurdo la formación de valores, porque lo único que se buscaba era que el estudiante sepa aplicar la norma o interpretarla rigurosamente; por esa razón es que en el Perú durante los últimos treinta años, los cursos no han variado y tampoco sus ramas, sin embargo, el Derecho Constitucional ha obtenido mayor importancia que el Derecho Civil tras el

¹ Claro que éste artículo originalmente fue publicado en la revista El Basilisco de 1978 nº 5.

fundamento jerárquico del ordenamiento jurídico; de igual forma, la importancia del Análisis Económico del Derecho, como un método novísimo en nuestro medio que protege al sistema de mercado (costo-beneficio) enfocándose directamente a la empresa como núcleo que gira ante el derecho, obteniendo como resultado el estudio del Derecho Ambiental (2012: 331-332).

Este pluralismo hace que el abogado del siglo XXI obtenga mayores destrezas, competencias y conocimientos; el derecho ya no es pues autónomo, sino heterónimo, porque el derecho gira en torno al Estado constitucional de derechos, derechos humanos y responsabilidad social, esto libera que existan procesos judiciales o extrajudiciales, en la que el abogado ya no debe prepararse en demasía para el litigio, sino para conciliar o encontrar soluciones satisfactorias ante los intereses reales. Esto obliga que las facultades de derecho estén a la vanguardia de la globalización sobre cómo deben perfilar con valores positivos al estudiante.

A través de lo explicado en el presente ítem, nos hemos podido percatar que existen dos problemas: (a) ¿Cómo enseñar derecho si aún no se sabe qué es derecho?, esta dificultad es de índole epistemológica, es decir, el docente en derecho debe enseñar la exegesis de la norma, debe enseñar la naturaleza del derecho, debe explicar mediante resoluciones de casos, debe enseñar solo la historia de las instituciones jurídicas o derecho comparado; y la segunda interrogante: (b) ¿Cuál debería ser el perfil del estudiante de abogacía?, dicho en otras palabras, qué deberían cultivar los docentes en los alumnos.

A partir del año 2015, las universidades peruanas en conjunto han comenzado a cambiar y renovar sus mallas curriculares a casusa de la nueva ley universitaria n° 30220, entonces en su gran mayoría las facultades de Derecho han innovado sus cursos y consignado de forma expresa en los perfiles de los egresados de la carrera de Derecho: “Conocedores y defensores del Estado Constitucional de Derecho”, paradigma con la que deben ser moldeados los operadores del Derecho, con ello evidenciamos que las universidades no trabajan o enseñan de forma neutral, sino que tienen una determinada inclinación, por lo tanto ya no es en sentido estricto *universitas*, cuyo conocimiento debe ser holístico, sino que han parametrado a las universidades.

Nuevamente volvemos a caer en el mismo error de siempre cuando no hay una justicia multicultural consistente: “que son los intereses particulares o el peso del paradigma de moda prime sobre los ideales de justicia que tiene la ciudadanía”, esto es que nuevamente una ideología que por el hecho de mayores investigadores, publicaciones de investigación y aplicaciones en la administración de justicia gobierne sobre el derecho a guiarse sobre una determinada concepción de justicia, es decir, moldear o doblegar al ciudadano acerca de una nueva concepción de justicia y no por el imperio de la razón consistente en la administración de justicia, sino por una cuestión de interés particular o de moda.

No podemos seguir avanzando sin un norte, en la que cada cierto tiempo estén cambiando los sistemas de administración de justicia, las mallas curriculares, los perfiles del egresado de Derecho por razones de moda, sino que debemos avanzar por el peso de la CONSISTENCIA y demostrar que el Derecho no avanza en base a modas o paradigmas irracionales (por intereses académicos, económicos, políticos).

Por ello es que con **nuestra teoría de la justicia** solucionamos el problema: (a) sobre la enseñanza del Derecho y (b) el perfil de los egresados de Derecho; ya que a través de la enseñanza de las diferentes escuelas jurídicas aprobadas por el Estado, las mallas

curriculares tendrán un norte coherente con sus concepciones de justicia que son seguidas por voluntad y no por coacción, entonces también el perfil del abogado también será coherente con la concepción de justicia a la que decidió seguir el estudiante desde un inicio; por lo tanto deberán existir tantas facultades de derecho cuanto existan escuelas jurídicas aprobadas por el Estado.

Pongamos un ejemplo, un ciudadano que tenga la concepción de justicia histórica materialista, que tenga la intención de ser abogado, sería totalmente contraproducente enseñarle una enseñanza jurídica de Estado Constitucional de Derecho, porque doblegaría su derecho a tener una determinada concepción de justicia y a ser juzgado bajo los ideales de ella; lo mismo sucederá con los ciudadanos que tengan una concepción de justicia utilitarista, la que está por demás decir que ellos someten a voto cualquier derecho, incluso el derecho a la vida, pues para ellos no existen Derechos fundamentales en sentido estricto, sino les estarían vulnerando su Derecho a elegir sus derechos, por tanto su formación será distinta.

Lo que hacen actualmente las facultades de Derecho es incluso incluir cursos del iusmarxismo, iusnaturalismo, iuspositivismo, de la argumentación jurídica, pero que, en realidad son incompatibles entre sí, a lo mucho podría enseñarse Derecho Comparado de Escuelas jurídicas aprobadas por el Estado y de las escuelas que están emergiendo o evolucionando, pero no consignar cursos que sólo sean un referente romántico, sino que sean aplicables.

Por eso, consideramos que el proyecto Tuning, donde se encuentran los perfiles del abogado en Latinoamérica es un documento que tiene buenas intenciones, pero que no soluciona el problema de fondo y que además **vulnera el Derecho a tener una determinada concepción de justicia y a ser tratado bajo los ideales de dicha concepción de justicia.**

10.3.3. Líneas de investigación

Si se entiende cuáles han de ser las mallas curriculares y los perfiles del egresado de acuerdo a los ideales de cada escuela jurídica aprobada por el Estado, entonces es posible elaborar líneas de investigación que contribuyan al perfeccionamiento de los conocimientos de cada escuela jurídica, así el investigador o el tesista tendrá una razón y un por qué hacia donde está avanzando él y su escuela jurídica e incluso las demás escuelas.

Las líneas de investigación han tratado de hacer un estándar, pero como se ha llegado a demostrar, siempre llegan a vulnerar el derecho a tener una determinada concepción de justicia, por lo que las líneas de investigación no deben estar por encima de las concepciones de justicia, sino bajo ellas, por esa razón es que cada escuela jurídica aprobada por el Estado deberá generar sus propias líneas de investigación, acorde a sus ideales y necesidades.

10.4. SISTEMATIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

10.4.1. Demarcación entre filosofía, epistemología y ciencia de la ciencia jurídica

Al tener varias escuelas jurídicas con sus respectivas concepciones de justicia, formas de gobierno, fuente principal del Derecho y una familia jurídica en específico, las investigaciones también van a tener una visión más sistematizada, esto es que, podremos hacer una demarcación entre lo que es ciencia de la ciencia jurídica, filosofía de la ciencia jurídica y filosofía jurídica, para ello pasaremos a explicar mejor cada uno de ellos.

Se dirá **ciencia de la ciencia jurídica** cuando los investigadores u operadores del Derecho de una escuela jurídica incorporada en el Estado resuelven conflictos jurídicos de su sistema o programa, es decir, que dichos operadores del Derecho entrenados y capacitados bajo la Escuela jurídica X resuelven los problemas de las personas que se han adscrito al sistema X con las herramientas, métodos, razonamientos, leyes, ideales que la escuela jurídica X propuso, que dicho en palabras de Thomas Kuhn será como si los científicos de un programa resuelven los problemas como los puzzles o rompecabezas, todo esto porque existen las herramientas adecuadas e idóneas en el sistema.

Sólo que a diferencia de la propuesta de Kuhn al afirmar que si existen más anomalías en un programa se debe cambiar de paradigma, **en nuestro caso**, no debe ser así, porque si no llega a resolver problemas la escuela jurídica X se la debe declarar INCOSISTENTE, prohibiéndole el usar los métodos o herramientas de otras escuelas jurídicas, de lo contrario se volvería a un pragmatismo de resolución de problemas y no se buscaría cuál de los sistemas de administrar justicia es la mejor, a fin de que los demás ciudadanos sigan el mejor rumbo por el imperio de la razón; por lo tanto si una escuela jurídica es inconsistente se la debe dejar sin efecto y quitar ése sistema de administrar justicia en el Estado Y hasta que los investigadores hagan evolucionar o perfeccionar más a dicha escuela jurídica X.

Filosofía de la ciencia jurídica o epistemología jurídica se considerará cuando: (a) en una escuela jurídica X que ha sido instalada por el Estado tiene grandes anomalías en su sistema para resolver conflictos, entonces los epistemólogos del sistema tratarán de brindar una solución idónea o trataran de subsanar los problemas de sistema a fin de que siga subsistiendo la escuela jurídica X, éstos también pueden ser llamados los teóricos del Derecho, pero de un sistema X, mientras los que resuelven problemas fácticos o de litigio dentro del sistema X son denominados los científicos del Derecho.

Entonces, los teóricos del Derecho son los que crearán y evaluarán las herramientas, métodos, figuras, sistemas, políticas o mecanismos necesarios a fin de que los científicos del Derecho puedan aplicar en la resolución de problemas dentro del juzgado y sobre todo de un sistema de justicia X; por lo tanto, los epistemólogos del Derecho tendrán la función de solucionar los problemas de anomalía que existe en los sistemas o escuelas jurídicas creando, mejorando o eliminando los métodos, figuras jurídicas, instituciones jurídicas, entre otros elementos para que funcione adecuadamente la escuela jurídica.

Ahora bien, el nomen iuris de epistemólogo del Derecho es un concepto amplio que engloba: tanto para quien es metodólogo del derecho en la escuela jurídica X, político jurídico del derecho en la escuela jurídica X, historiador de la ciencia del Derecho en la escuela jurídica X, como otro cualquier cargo o desempeño teórico que realice o profundice un teórico del Derecho en la escuela jurídica X; para no mayores complicaciones es la misma tratativa cuando se le llama al Fiscal, Juez, Juez Superior, Juez de Paz, etc.; MAGISTRADOS, una es la especie y el otro es el GÉNERO.

Y finalmente, los **filósofos del derecho** son aquellos que no trabajan dentro de un sistema o escuela jurídica, sino que trabajan en la creación de nuevas escuelas jurídicas, pero que tengan coherencia y consistencia entre los elementos: (a) concepción de justicia; (b) objeto de estudio, fin de estudio, demarcación interna y demarcación externa de una escuela jurídica; (c) forma de gobierno, (d) fuente principal del Derecho y (e) familia jurídica; nótese cómo se está omitiendo que el filósofo del derecho pueda crear el método jurídico, porque ésta es responsabilidad del metodólogo del Derecho en la escuela jurídica X.

La creación de una escuela jurídica consistente y que además sea aprobada por el Estado, no es una labor fácil, pero ello conlleva a que puedan evolucionar las escuelas jurídicas en potencia o a hacer resurgir las escuelas jurídicas inconsistentes (las que han sido descartadas por el Estado).

La concepción de justicia a partir de la lucha entre escuelas jurídicas, permite una función en específico de lo que deben hacer los operadores del Derecho, y que como se ha explicado a realizar investigaciones direccionadas y no investigaciones pragmáticas que sólo tengan el fin de publicar *papers* o hacer tesis con la finalidad de ocupar un cargo académico o sacar un título profesional; por lo tanto, **nuestra concepción de justicia resuelve el problema de la demarcación entre lo que es filosofía, epistemología y ciencia de la ciencia jurídica.**

Para mejor didáctica de lo que queremos explicar lo mostraremos en las siguientes: desde la figura 12 hasta la figura 15.

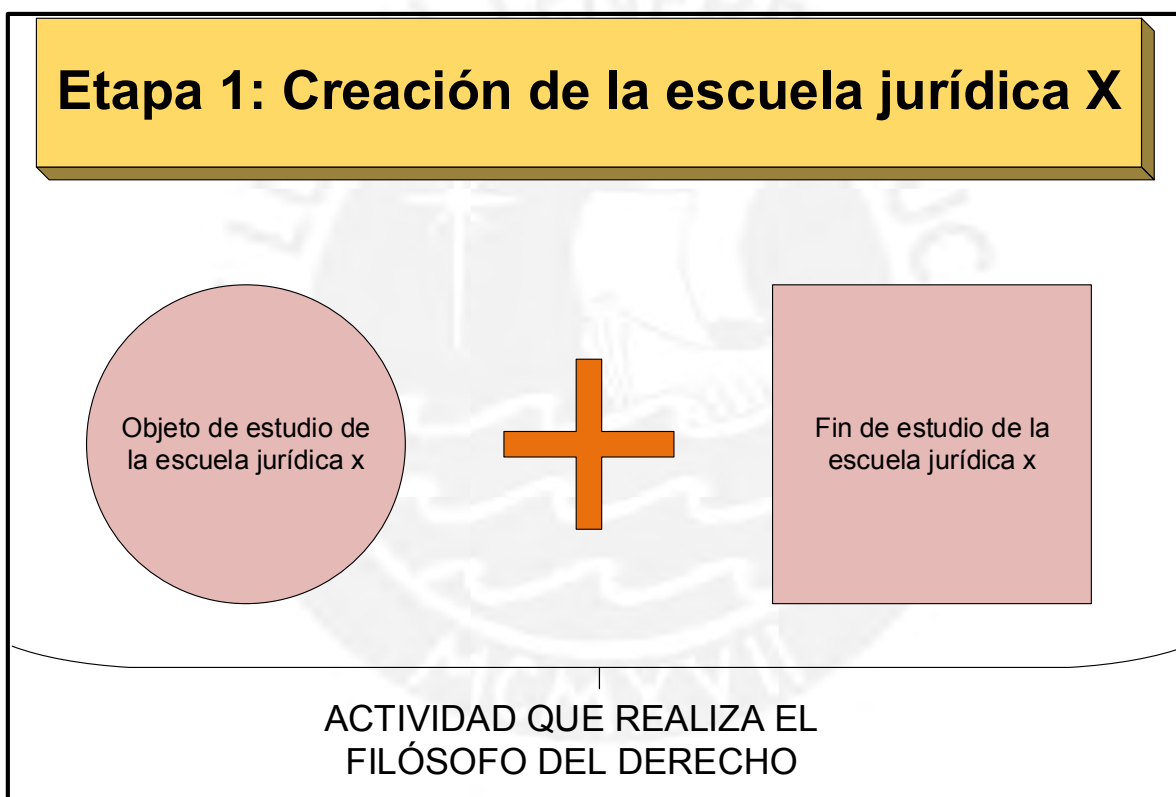


Figura 12. Función intelectual del filósofo del Derecho

Fuente: Pierre Moises Vivanco Nuñez

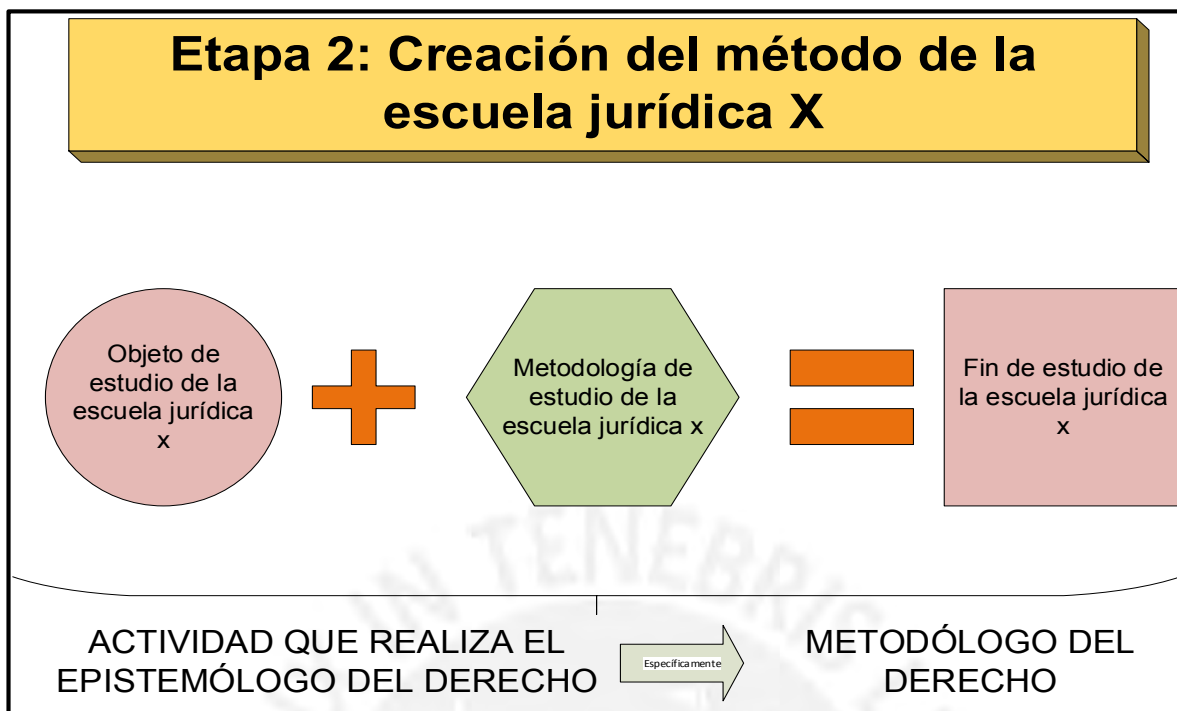


Figura 13. Función intelectual del epistemólogo del Derecho (metodólogo)

Fuente: Pierre Moises Vivanco Nuñez

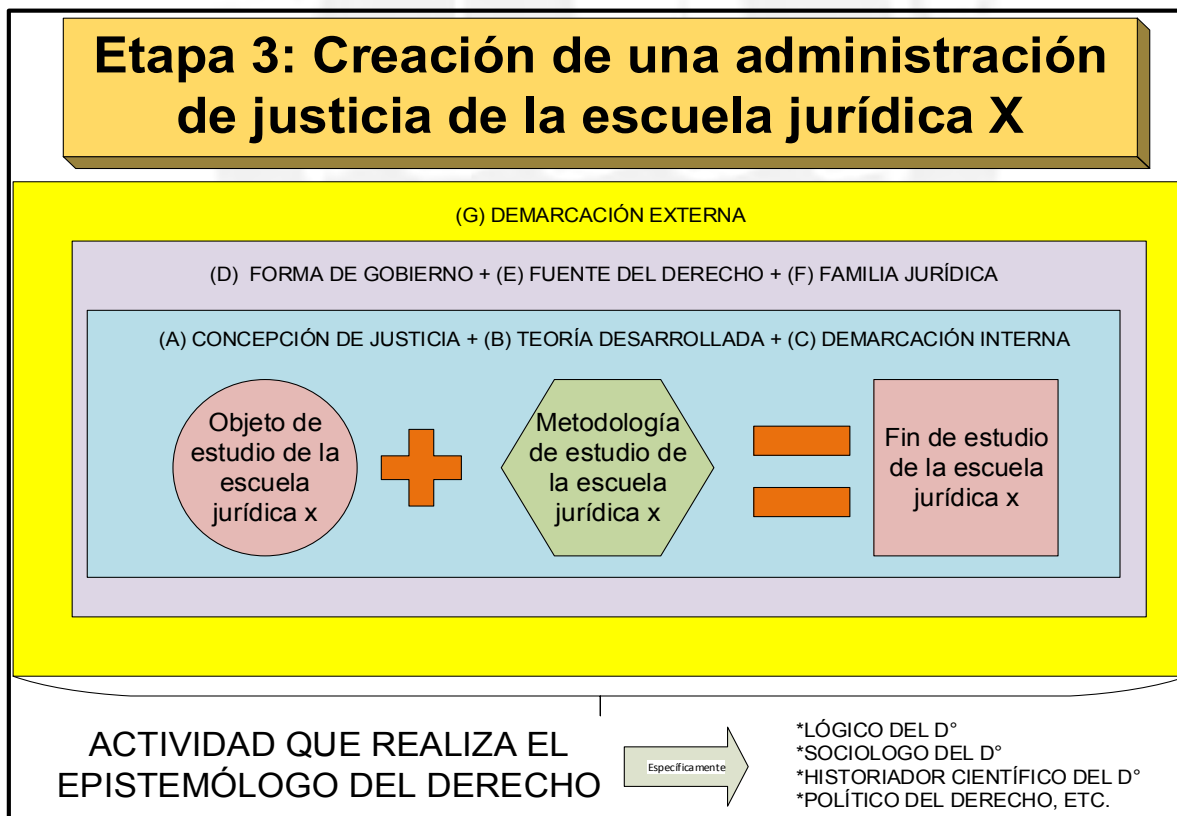


Figura 14. Función intelectual del epistemólogo del Derecho (otros)

Fuente: Pierre Moises Vivanco Nuñez

Etapa 4: Aplicación de la administración de justicia de la escuela jurídica X

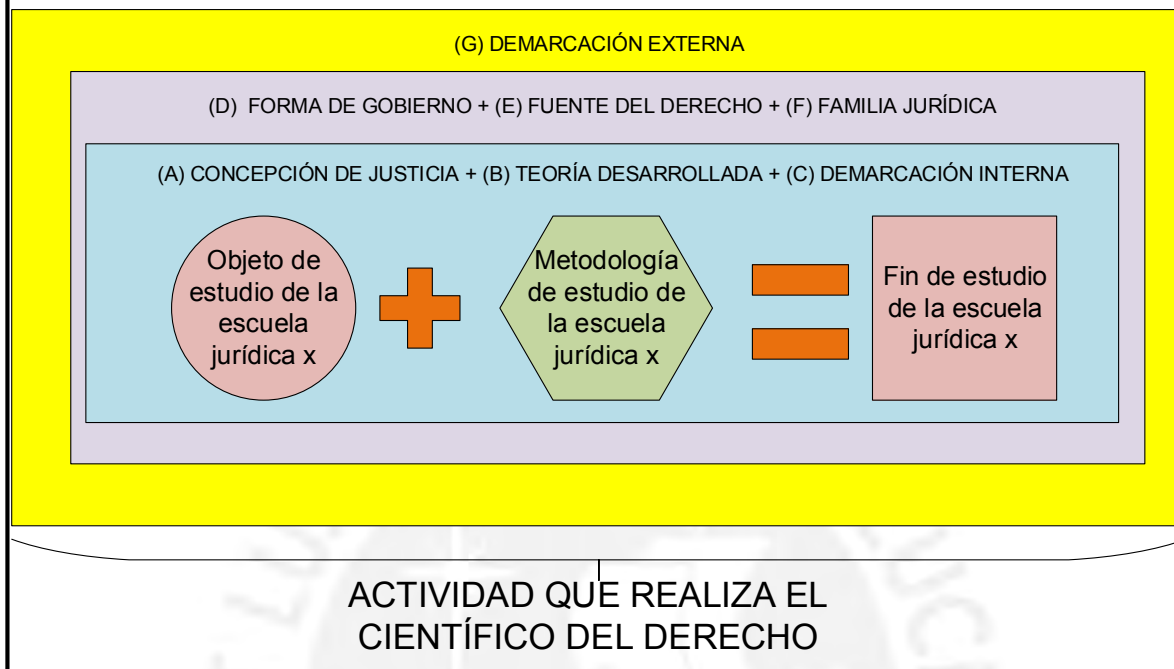


Figura 15. Función del científico del Derecho

Fuente: Pierre Moises Vivanco Nuñez

En breve resumen desde la figura 12 hasta la figura 15, podemos observar, que primero el filósofo del Derecho tiene que crear un objeto de estudio y ésta al mismo tiempo viene con un fin de estudio (figura 12), esos dos elementos no pueden ir por separado, sino que ya vienen con una carga fuerte de una determinada concepción de justicia y un fundamento filosófico que bien la puede crear o en todo caso la recoge de una posición ya dada por otro filósofo; una vez que ha dado consistencia y ha mantenido la coherencia y logicidad entre el objeto y fin de estudio, recién se puede buscar el método para llegar a dicho fin de estudio.

En la figura 13, podemos observar como el epistemólogo del derecho, cuyo actor principal viene a ser el metodólogo del derecho, quien crea el método más adecuado para que del objeto se pase se materialice en el fin de estudio, entonces allí la función del metodólogo es la de crear herramientas idóneas de acuerdo a la carga filosófica del objeto y fin de estudio.

A través de la figura 14, no damos cuenta que los epistemólogos siguen trabajando intelectualmente para crear una nueva administración de justicia coherente, sólida y eficaz, claro siempre de acuerdo a las bases filosóficas del objeto y fin de estudio, por lo que los teóricos del derecho, también llamados epistemólogos del derecho tales como los políticos científicos, historiadores, lógicos, sociólogos entre otros actores de acuerdo a su naturaleza de la nueva escuela en surgimiento harán su aporte respectivo.

Y finalmente, en la figura 15, una vez que ya ha pasado el filtro de la demarcación externa, es decir, que puede funcionar teóricamente en el Estado, ahora queda ver como es recibida

por la sociedad en su practicidad y la forma en cómo se desenvuelve dicha administración de justicia, para ello, se requiere el entrenamiento de científicos del Derecho a fin de que apliquen con la seriedad y cabalidad los conocimientos, herramientas y doctrinas en la administración de justicia enmarcada.

Por lo tanto, si se ha resuelto el problema de la demarcación entre filosofía, epistemología y ciencia de la ciencia jurídica, entonces podemos responder **qué es el Derecho**, que bajo nuestra teoría diríamos que es: “una concepción de justicia traducida y materializada a través de una escuela jurídica consistente y una forma de gobierno idónea a ella que tienen un conjunto de ciudadanos hasta que se declare inconsistente su sistema”.

10.4.2. Tipos de investigaciones en la actualidad

10.4.2.1. Epistemología de primer nivel

Las investigaciones de primer nivel son aquellas que: (a) crean una escuela jurídica consistente, (b) brindan o dan soluciones respecto a las anomalías o falencias que tiene una escuela jurídica en específico instalada o incorporada en el Estado, y (c) permiten evolucionar a una escuela jurídica en potencia o a una supuesta escuela jurídica a fin de instalarlas como un sistema de resolución de conflictos altamente elaborados.

Éste tipo de investigaciones son las que tienen un norte y un propósito, mejorar la calidad de vida y hacer del hombre responsable a través de un sistema o escuela jurídica en concreto, por ejemplo se tiene en la actualidad la Escuela de la Argumentación Jurídica, cuyos seguidores y adeptos son cada vez mayores, por lo que tratan de hacer de su sistema más seguro y más eficiente, de esa manera, los investigadores de dicha escuela tienen un propósito en común, potenciar la administración de justicia y ser mejor escuela del mundo, pero para ello, deben subsanar las falencias y mejorar los métodos de su sistema.

10.4.2.2. Epistemología jurídica de segundo nivel

Las investigaciones de segundo nivel se caracterizan porque los investigadores realizan investigaciones desde la división del Derecho, esto es para mejorar la materia penal, laboral, procesal, constitucional, agrario, aduanero, deportivo, etc., pero sólo en forma doctrinaria, o brindando mejores teorías para la resolución de conflictos que puedan presentarse.

Las investigaciones por la división del Derecho tratan de unificar o individualizar las diferentes ramas del Derecho, esto es que por ejemplo exista un método para investigar el Derecho Público y otro método para el Derecho Privado, pero si existe un método distinto para cada uno de ellos, también debe existir un objeto de estudio para cada uno de ellos, asimismo un fin de estudio, por lo que su principal finalidad es o bien: (a) analizar al Derecho de forma holística, o (b) analizar en forma individualizada las ramas del Derecho, ya que incluso sus instituciones jurídicas varían de rama en rama, como lo es el concepto acción, que no es lo mismo la acción penal, que la acción civil.

La mayoría de universidades realizan éste tipo de investigaciones, primero los clasifican en qué tipo de Derecho quieren investigar los tesisistas, luego les dicen que institución jurídica desean analizar y luego que solución le podrían dar; aunque suene didáctica y sistemática éste tipo de investigaciones, en realidad, es muy perjudicial, ya que el alumno o tesisista no utiliza en sentido estricto un método para las investigaciones de Derecho Privado, ni tampoco un método para las investigaciones de Derecho Público, por lo que muchas veces cae en un romanticismo pretender realizar investigaciones a partir de las ramas del Derecho.

Por otro lado, la finalidad tampoco es clara, no se sabe si la intención del tesista es resolver el conflicto en dicha rama para que se unifique el Derecho en un todo o investigar para hacer cada vez más independiente a una rama del Derecho de las demás ramas del Derecho, no queda claro que es lo que debe hacer el tesista.

10.4.2.3. Epistemología jurídica de tercer nivel

Las investigaciones de tercer nivel tienen el propósito de buscar la naturaleza jurídica de las instituciones jurídicas, ya que toda institución jurídica tiene teorías, tales como el matrimonio, la que tiene tres teorías o formas de entender a dicha institución: la teoría del acto jurídico, la teoría del contrato y la teoría híbrida.

Obviamente si se encuentra la naturaleza jurídica de cada institución jurídica, también se puede encontrar la relación de coherencia, lógica y sistematicidad del ordenamiento jurídico de un país determinado.

La desventaja es que el tesista cuando tiene la intención de realizar éste tipo de investigación, no podrá encontrar en sentido estricto la naturaleza jurídica de una determinada institución jurídica nacida del sistema jurídico X, porque no sabe de antemano la naturaleza de justicia del sistema jurídico X, por lo tanto, a pesar de realizar investigaciones tales como: “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil en la ruptura de los esponsales”, en la que el tesista determine que la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil en un ruptura de esponsales debe ser extracontractual, y de esa manera es cómo debe motivar su sentencia el juez, será aún indeterminable, porque no se sabe cuál es la naturaleza jurídica del sistema jurídico X, o los ideales que persigue dicho sistema.

Por lo tanto, las investigaciones de tercer nivel que aparte resuelven un problema jurídico, no lo hacen en el fondo, porque son *flatus vocis* a razón de que no hay un norte o un paso seguro a dónde conllevará el cúmulo de tesis que resuelvan la naturaleza de una institución jurídica, ya que todas están fuera de un contexto de una concepción de justicia y sobre todo fuera de un contexto de la realidad nacional e histórica del sistema jurídico X, sin contar no se desconoce cuál es el método para saber la certeza de si es la correcta naturaleza de una institución jurídica o no las es.

10.4.2.4. Epistemología jurídica de cuarto nivel

Finalmente, tenemos las investigaciones que no tienen un norte, más que el brindar una solución momentánea a un problema jurídico, son éstas las investigaciones pragmáticas o de anarquía metodológica, investigaciones que tienen el fin de modificar, crear o derogar una norma jurídica; o también son investigaciones referidas a la gestión jurisdiccional; a mejorar la administración de justicia; a ubicar mejores perfiles de los jueces u operadores del derecho, a realizar tesis sobre el pensamiento filosófico de diferentes autores; entre otras investigaciones, pero ninguna de ellas bajo un fundamento metodológico, epistemológico o filosófico jurídico en común.

Éstas investigaciones utilizan las herramientas de otras ramas ajenas al derecho, métodos de otras ciencias o disciplinas del Derecho o simplemente crean una nueva metodología para probar su punto de vista, aunque en muchas ocasiones sean investigaciones que motivan y aportan a una determinada realidad jurídica, sus soluciones no son sostenibles por mucho tiempo por la falta de sustento coherente entre la teoría y la práctica.

Las investigaciones jurídicas pragmáticas tienen el único norte de resolver el problema inmediato detectado, más no se preocupa por el proceso sostenible que pueda tener al fin principal de la institución jurídica, de las figuras jurídicas, de las políticas jurisdiccionales o del propósito final del Derecho, porque dicha investigación resuelve el problema de forma momentánea, más no es una investigación que pueda ser evolucionada para el fin principal para el que fue creado o propuesto.

Por lo tanto, los cuatro niveles de investigación proponen soluciones, sólo que como se ha podido demostrar la investigación más potente que es la epistemología de primer nivel, es la que tiene un fin mediano y evolucionable sobre una determinada escuela jurídica aprobada por el Estado, porque justamente éste tipo de investigaciones coadyuvan a tener un grupo de personas integradas y preparadas para defender su sistema y demostrar que es CONSISTENTE o en todo caso que no lo es, por eso dejamos a consideración el impacto que tiene nuestra teoría en sistematizar las investigaciones jurídicas a fin de que al tener un norte y un propósito más claro y sostenible los **tesistas sepan qué y por qué investigar**.

10.5. UNA CONCEPCIÓN DE JUSTICIA EN ESPERA

Lo planteado hasta el capítulo X viene a ser el ideal de justicia que mantiene el investigador de la presente tesis, y que estoy seguro muchos se pueden adherir a la propuesta de una teoría de la justicia a partir de la lucha de escuelas jurídicas, sólo que como cualquier teoría debe ser criticada y reformulada cuantas veces sea necesaria, pero por sobre todo debe calar en la mayoría de ciudadanos, académicos y políticos a fin de que sea aplicada, mientras tanto sólo es una teoría, una teoría sí, pero que presenta propiedades de ser consistente, axiomatizable y con aplicaciones prácticas.

Estamos convencidos que incorporar una nueva teoría siempre implica opositores académicos y sobre todo las dificultades a razón de: (a) presupuesto a invertir en el nuevo sistema de administración de justicia, (b) capacitaciones a los operadores del Derecho respecto al nuevo sistema, (c) instalaciones y edificaciones para el funcionamiento del nuevo sistema, (d) capacitación a los ciudadanos del nuevo modelo, entre otros factores más, por ello es que, partimos el poner en práctica nuestra teoría al sistema de administración de justicia vigente en nuestro Estado peruano, para sí hacer más cercana nuestro ideal de justicia que ha sido expuesta en la presente tesis.

A través de la **figura 12** explicamos de forma gráfica lo que en el capítulo VII hemos demostrado, que sólo seis escuelas jurídicas cumplen con todos los requisitos que debe tener una determinada administración de justicia, para luego establecer en el capítulo VIII que las escuelas jurídicas que pasaron el filtro y que además fueron aprobadas por el Estado, ahora deberían competir o como nosotros preferimos decir, luchar entre ellas a fin de saber cuál de ellas tiene un soporte, una solidez y una resistencia académica de mantener la CONSISTENCIA de su sistema y finalmente saber cuál es la mejor de todas. Con el procedimiento explicado se evita que cualquier gobierno o grupos de poder o académicos impongan de forma arbitraria una determinada concepción de justicia y consecuentemente también su forma de administración de justicia a los ciudadanos, porque al entrar las escuelas jurídicas en competencia o una lucha académica por saber cuál de ellas logra una CONSISTENCIA en su sistema, escuelas jurídicas que inicialmente demostraron ser consistentes, con el pasar del tiempo y los conflictos internos que puedan tener finalmente demostrarán qué sistema es INCONSISTENTE y por ende, deberán abandonar dicho sistema.

El abandono de las escuelas jurídicas no será por la presión de un grupo de poder o por los intereses de un sector privilegiado, sino por el error del sistema, asimismo la adherencia a las escuelas jurídicas tampoco será por la coacción, sino por la voluntad y la evidencia que un sistema de justicia es mejor que los demás, esto es por ser CONSISTENTE.

Ahora bien, lo correcto sería que las seis escuelas jurídicas que por teoría son consistentes ingresen a luchar entre sí, claro una lucha o competencia de forma académica como se explicó, pero ello implica como dijimos al inicio del presente capítulo un cambio holístico respecto a la forma de pensar, administrar justicia, al presupuesto a invertir, sin contar con las oposiciones de los académicos; por tal razón mientras se está en la espera del movimiento por la lucha de CONSISTENCIA práctica de cada escuela jurídica, se comenzará haciendo una radiografía a la escuela jurídica que actualmente está utilizando nuestro sistema judicial peruano a través de nuestra teoría y dar los aportes para que los seguidores tengan un norte aún más claro.

Y la escuela que está vigente en el Perú es la de la argumentación jurídica, lo que tratamos de decir es que, de las seis escuelas jurídicas, nos enfocaremos en analizar si el Perú está cumpliendo con los parámetros de la escuela jurídica de la argumentación jurídica y si los investigadores están encaminados en un solo rumbo o no lo están, lo cual se hará en el siguiente capítulo.

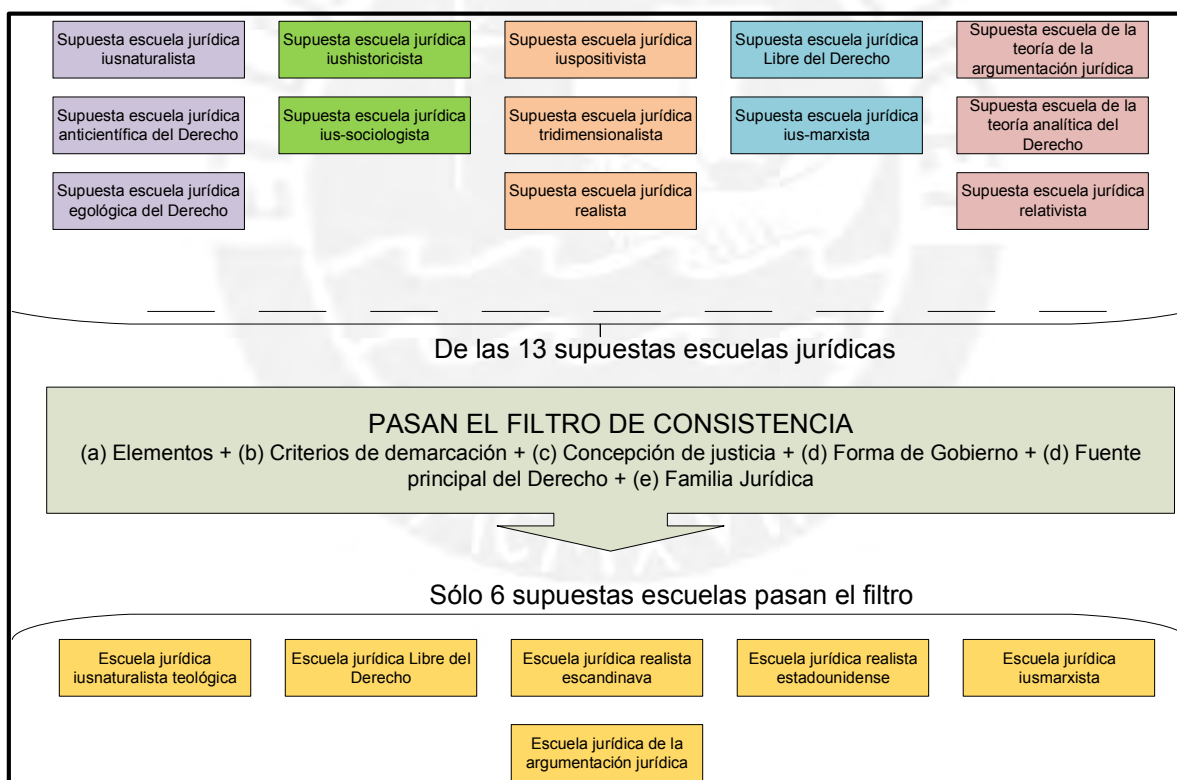


Figura 16. Filtro de las supuestas escuelas jurídicas

Fuente: Vivanco Nuñez Pierre Moises

CAPÍTULO XI

ANÁLISIS DE LA ESCUELA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA VIGENTE EN EL PERÚ PARA LA MEJORA DE SU POLÍTICA JURISDICCIONAL

11.1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se realizará una introducción al análisis de la escuela de la argumentación jurídica, decimos introducción, porque ya de por sí un análisis a través de nuestra teoría implicaría una tesis en sentido estricto, una investigación con mayor profundidad, lo cual dejamos a consideración a los verdaderos seguidores e investigadores de la escuela jurídica en análisis, por lo que nuestro principal objetivo de realizar un análisis básico es de: (a) seguir demostrando las aplicaciones prácticas de nuestra teoría analizada respecto a una escuela jurídica en particular, y (b) demostrar paralelamente que la escuela vigente del Estado peruano no está cumpliendo con los estándares de una escuela jurídica en sentido estricto, como lo mostramos gráficamente en la **figura 17**.

Entonces, el análisis básico que se realizará en el presente capítulo se direcciona al análisis de la organización jurisdiccional, enfocándonos específicamente en el perfil del juez constitucional de Derecho y a las políticas jurisdiccionales que realizan los presidentes de la Corte Suprema del Perú; luego se analizará las actividades funcionales que realizan las universidades respecto a los observatorios, la enseñanza del Derecho y a las líneas de investigación; y finalmente, se analizará si los supuestos investigadores de la escuela de la argumentación jurídica están realizando investigaciones idóneas para el avance de su escuela o no. Por lo dicho, comenzaremos a explicar cada uno de los ítems expuestos.

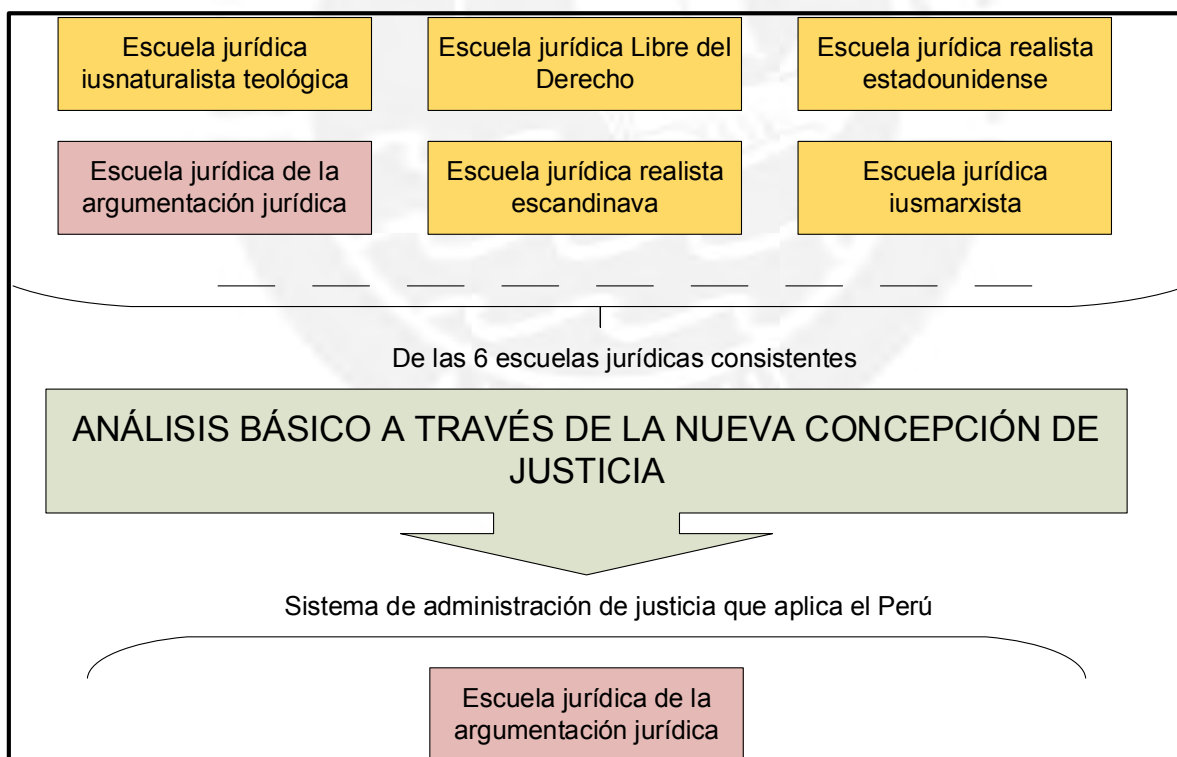


Figura 17. Análisis del sistema de administración de justicia peruano

Fuente: Vivanco Nuñez Pierre Moises

11.2. ANÁLISIS DE SU ORGANIZACIÓN JURISDICCIONAL

11.2.1. Análisis de los perfiles de sus jueces

En el capítulo X se había determinado que el perfil de juez debía ser elaborado de acuerdo a la concepción de justicia de cada escuela jurídica aprobada por el Estado, entonces si nos enfocamos sobre la escuela jurídica de la argumentación jurídica debemos corroborar si los perfiles están acorde a su concepción de justicia y para un mejor análisis recomendamos que el lector siempre este guiándose bajo la **figura 10**.

Para comenzar, los perfiles del juez peruano se encuentran establecidos en la Ley de la carrera judicial, N° 29277, que en su artículo 2 señala que son los siguientes:

1. Formación jurídica sólida;
2. Capacidad para interpretar y razonar jurídicamente a partir de casos concretos;
3. Aptitud para identificar los conflictos sociales bajo juzgamiento;
4. Conocimiento de la organización y manejo del despacho judicial;
5. Independencia y autonomía en el ejercicio de la función y defensa del Estado de Derecho;
6. Conocimiento de la realidad nacional y prácticas culturales del lugar donde desempeña su función;
7. Propensión al perfeccionamiento del sistema de justicia; y
8. Trayectoria personal éticamente irreprochable.

La pregunta que nos queda hacer entonces es: ¿están bien elaborados los perfiles de los jueces?, para comenzar no podríamos decir que sí o no categóricamente, esto es porque no existen fundamentos para la elaboración del perfil del juez o magistrados de una concepción de justicia como equidad, porque esa es la concepción de justicia que utiliza la escuela de la argumentación jurídica, por lo tanto, es allí donde ingresa nuestro aporte.

Si no sabemos los fundamentos del perfil del juez acorde a la concepción de justicia como equidad, entonces no podemos criticar de buenas a primeras si está bien o no el perfil vigente, se necesitaría que los interesados, los investigadores de ésta escuela obligatoriamente trabajen y debatan sobre el perfil del juez del Estado de Derecho; sin embargo, si podemos hacer deducciones evaluativas de acuerdo a los fines que maneja la escuela para anticipar ciertos rasgos si están bien o no lo están.

De acuerdo a las 8 características que nos brinda la ley, podemos decir: **(1)** son muy genéricas, por ejemplo, el primer rasgo nos advierte que deben tener una formación sólida, pero tendríamos que preguntarnos: ¿formación jurídica sólida, sí, pero en qué sentido? Será acaso en historia del Derecho, en dogmática jurídica, en doctrina jurisprudencial, y quizás algunos digan: la pregunta es absurda, es natural que tiene que saber de todo, entonces simplemente volveríamos a preguntar, entonces debe saber Derecho comprado socialista, Derecho Hindú, Derecho Japonés, y la respuesta inmediata sería, por supuesto que no, los conocimientos del juez deben basarse de acuerdo a los contextos vigentes de la realidad peruana, entonces volveríamos a cuestionar: ¿entonces el juez sólo debe de saber lo que está de moda y dejar de lado la filosofía del Derecho, la epistemología del Derecho, etc.?, ¿debe acaso el juez conocer más respecto a la doctrina jurisprudencial que de la ley o la teoría general del Derecho?; y luego decimos ¿para qué llevar cursos teóricos del Derecho (filosofía, lógica, historia, etc.) en las universidades?

Entonces, para no caer en una discusión abierta, polémica o incluso parametrada, es imprescindible especificar: ¿a qué se refiere con formación sólida jurídica? Y sobre todo ¿sobre qué enfoque? (lo mismo a decir a qué escuela jurídica pertenece)

(2) Respecto al perfil 5, nos afirma que todo juez debe proteger el Estado de Derecho, pero el Estado de Derecho no es distinto al Estado Constitucional de Derecho, entonces el perfil 5 de la ley en análisis de antemano nos está expresando que los jueces deben tener un perfil de defender el Estado legislativo, un perfil que va en contra de la concepción de justicia como equidad, por tal razón es menester de cambiar urgentemente dicha ley, pero por sobre todo que se haga una tesis **acerca de los fundamentos del juez dentro de una Escuela Jurídica de la Argumentación Jurídica, porque se estaría eligiendo jueces al azar con buenas intenciones, pero no según el perfil que desea dicha escuela jurídica.**

La ley que ha sido motivo de crítica, ha sido promulgado en el 4 de noviembre del 2008, después de ella no ha existido una nueva ley que modifique los perfiles de los magistrados, más la única variación ha sido con la Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura, n° 221-2016-CNM, que con fecha 7 de junio del 2016, se aprueba el Reglamento del procedimiento de evaluación integral y ratificación de jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público, pero la variación ha sido respecto a los rubros de evaluación.

Mediante el artículo 25 inciso 8 del reglamento citado, prescribe que: “La evaluación de la conducta de magistrado comprende los siguiente aspectos: 8. Independencia, trayectoria democrática, defensa de la Constitución y conocimiento de la realidad y prácticas socioculturales, en lo que sea aplicable”, con ello induce que los magistrados deben tener inclinación hacia el Estado Constitucional de Derecho, pero luego con su artículo 38 prescribe: “La evaluación de la idoneidad del magistrado considera los siguientes aspectos: 1. La calidad de las decisiones, 2. La gestión del proceso, 3. La celeridad y el rendimiento, 4. La organización del trabajo, 5. Las publicaciones jurídicas y de temas afines, y 6. El desarrollo profesional”, la cual excluye la característica de defender el Estado Constitucional de Derecho.

Lo que tratamos de decir es que, mediante el artículo 25 inciso 8 la conducta, entiéndase bien, sólo la conducta está en correlación con el ideal de justicia como equidad, mientras que el artículo 38 nos demuestra que el CNM requiere jueces eficientes y eficaces, es decir, jueces que mantengan el ideal de una concepción de justicia utilitarista, entonces nosotros preguntamos, acaso eso no es contradictorio con los ideales del Estado Constitucional de Derecho, para nos explicaremos mejor.

El Estado debe seguir una línea de administración de justicia, valga a decir una concepción de justicia, sin embargo, hay quienes se oponen a ésta idea porque afirman: “Que los jueces al ser independientes y autónomos no deben guiarse por ninguna concepción de justicia, justamente porque son autónomos e independientes, de lo contrario todos estarían bajo un parámetro ideológico y no podrían ser creativos, ni mucho menos independientes, porque el Estado ya les ha inducido el cómo deben administrar justicia”; a lo cual no estamos de acuerdo por las siguientes razones:

Primero.- Toda administración de justicia está ligado a: (a) una forma de gobierno; (b) una forma de resolver los conflictos jurídicos, es decir, estamos hablando de una metodología que aplican los jueces; y (c) una determinada concepción de justicia.

Segundo.- Decimos que una administración de justicia está ligado a una forma de gobierno, porque ella está en una estrecha relación de coherencia con su forma de resolver conflictos jurídicos, es decir, la metodología que aplican los jueces para administrar justicia, por ejemplo, no puede aplicarse interpretación dogmática de la ley del congreso en un gobierno teocrático, sería un absurdo el que un apliquen un método nacido del iuspositivismo a las fuentes del derecho que tiene el gobierno teocrático.

Tercero.- Toda forma de gobierno y forma de resolver un conflicto jurídico (o que para el caso de nuestra tesis colocamos: escuelas jurídicas) tienen una concepción de justicia, es decir, un norte ideal, es por ello que aunque no lo diga de forma expresa nuestra Constitución en su artículo 43 que prescribe: “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”, guarda una concepción de justicia mixta e incompatible, porque por un lado al mencionar que debe ser democrática, ésta tiene una concepción de justicia utilitarista, es decir, que se guía por el principio de utilidad, el que brinda mayor felicidad al pueblo o nación, lo que nos quiere decir es que en cualquier momento se pueden cambiar o someter a voto cualquier derecho.

Y cuando nos informa que es social, nos ordena a que los funcionarios públicos y la ciudadanía entera debe velar por los intereses de la sociedad y no por un grupo privilegiado (evita la aristocracia), éste tipo de gobierno tiene una concepción de justicia histórica materialista, es decir, que dicha justicia se rige por la estructura económica del proletariado, creando derechos por ellos y para ellos, pues ellos son los constructores de la historia.

No contentos con dicha contradicción, recién se invoca o se ordena a un Estado Constitucional de Derecho cuando en el artículo 138 prescribe en su segundo párrafo: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”, asimismo el artículo 51: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”

La concepción de justicia que están prescribiendo dichos artículos de la Constitución es eminentemente de “equidad”, planteada por Rawls, una justicia que defiende los Derechos Constitucionales a partir del consenso prima facie, al cual denomina el derecho nacido a partir del velo de la ignorancia por los primeros ciudadanos sin que éstos pertenezcan aún a un grupo en particular.

Entonces, el juez que tipo de justicia debe aplicar: (a) utilitarista, (b) histórica o (c) de equidad; esta interrogante nos conlleva a una dura crítica hacia las políticas jurisdiccionales y al perfil del juez peruano, asimismo sobre la enseñanza del derecho; ahora bien, **volviendo a la observación presentada por respecto a: “que el juez es autónomo e independiente y no debe guiarse por una determinada concepción de justicia”**, la pregunta es: ¿entonces qué ideales debe proteger el juez, será a la Constitución, a la democracia o a lo social?, posiblemente se llegué a afirmar en decir, los tres, claro está; sin embargo, debemos aclarar que una forma de gobierno tiene una concepción de justicia y esta misma se traduce en una metodología que debe aplicar el juez, y éstas tres concepciones de justicia, son incompatibles de por sí y por ende metodologías incompatibles como lo hemos venido demostrando en la presente tesis.

Ahora bien, si analizamos que: “el juez es autónomo e independiente”, tal como lo prescribe en el inciso 2 del artículo 139 y 188 de nuestra constitución, prácticamente al decir que son autónomos, nos está induciendo a guiarnos bajo la concepción de justicia deontológica, estudiada por Kant, la cual está basada en que sólo el hombre racional puede tener libre albedrío, pero éste libre albedrío está sujeta a la autonomía del hombre, es decir, a que asuma sus responsabilidades y consecuentemente sea castigado si trasgrede los imperativos categóricos, y éstos imperativos categóricos justamente han nacido de la autonomía del hombre por su racionalidad, lo cual es aplicar las máximas morales que llegan a ser leyes universales; **por lo tanto tenemos hasta el momento 4 concepciones de justicia que nuestra constitución está queriendo que aplique el juez.**

A ello, simplemente debemos llamarle, **constitución posmoderna**, es decir, una constitución que en vez de brindarnos un norte o un solo ideal, nos brinda tantos nortes o caminos que supuestamente nos van a brindar seguridad jurídica o una supuesta justicia en sentido fuerte, pero con caminos aformes, enredados e ideologías incompatibles; lo cual nos conlleva a decir, el juez es posmoderno, sentencia como le venga en gana, en un momento se adecua a un tipo de justicia y luego a otro tipo de justicia, y eso es lo que se pretende evitar con la tesis propuesta, que el hombre asuma responsabilidades bajo la dirección consistente de una administración de justicia sólida.

Por lo tanto, decimos que el juez tendrá sus perfiles de acuerdo a los sistemas de justicia que sean aprobados por el Estado, y que por ahora, a través de nuestra teoría propuesta, los jueces que se guían bajo el sistema o escuela de la argumentación jurídica, no están cumpliendo su rol porque carecen del perfil y de los métodos adecuados para administrar justicia, justamente porque **carecen de un norte sobre su concepción de justicia**, entonces todos los jueces para tener un norte a dónde dirigirse y perfeccionarse, deben tener una concepción de justicia con qué guiarse o ser revelada públicamente.

Pero el fin más potente es que se evite el doxa o meras opiniones de las sentencias, ya que éstas son producto de un sistema de justicia a acomodo como lo hemos pasado a explicar, porque al no haber parámetros sobre si las sentencias están bien motivadas o no, así como cuando el profesor corrige los exámenes o evaluaciones de sus alumnos y afirmar que está mal sin un parámetro, las sentencias que no tienen un instrumento de evaluación certera, sólo se llegan a afirmar que mientras los argumentos son lo suficientemente sólidos, el litigante u otro juez que argumente mejor, se impone sobre los demás, y para nosotros dicho acto no es digno de una episteme o conocimiento seguro, sino que es retórica de alto nivel.

Para que llegue a ser episteme, entonces debemos crear medios, elementos y parámetros por los cuales deban ser falseados las sentencias y no solamente decir que el mejor argumento es el que gana.

11.2.2. Análisis de sus políticas jurisdiccionales

La concepción de la justicia como equidad, que es el tipo de justicia que utiliza la escuela de la argumentación jurídica, es la que debe moldear las políticas jurisdiccionales, asimismo todas las leyes del sistema jurídico peruano, como también la doctrina jurídica peruana, más no debe hacerse viceversa, de lo contrario sería la mencionada escuela un lenguaje romántico de “Estado Constitucional de Derecho”.

Por lo dicho, entonces tenemos que criticar a la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto al artículo 286 inciso 4, la cual prescribe: “No puede patrocinar el Abogado que: Ha sufrido

destitución de cargo judicial o público, en los cinco años siguientes a la aplicación de la sanción”, pero nosotros debemos advertir, acaso dicha normativa no vulnera el Derecho Fundamental al trabajo, indudablemente que sí, sin embargo, hasta el día de hoy sigue en vigencia, la pregunta es: ¿qué hacen los investigadores de la escuela de la argumentación jurídica?

Luego, criticamos la política jurisdiccional respecto al Plan de Gestión y Modernización del Poder Judicial 2015-2016 formulada por el Juez Supremo Víctor Ticona Postigo, porque no incluye dentro de los ejes de acción a la capacitación a los jueces respecto al conocimiento del Estado Constitucional, aparentemente con el proyecto señalado, da por sentado que todos los jueces tienen pleno dominio de lo que implica ser un juez de un Estado Constitucional de Derecho, lo cual no es cierto, basta con saber sobre la Resolución 120-2014-PCNM del Consejo Nacional de la Magistratura, que con fecha 28 de mayo del 2014, la cual expresa en su fundamento 5:

El Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura ha podido advertir que durante los últimos tres años en el que se han desarrollado más de mil quinientos procesos de evaluación integral y ratificación de jueces y fiscales, que dichos magistrados presentan resoluciones, dictámenes, disposiciones y otros documentos para la evaluación de la calidad de decisiones en los que frecuentemente incurren en serias deficiencias en su elaboración, caracterizándose, en muchos casos, por la falta de orden, la ausencia de claridad, errores de sintaxis y ortográficos, redundancia e incongruencia, insuficiencia argumentativa y por estar plagada de citas doctrinarias y jurisprudenciales innecesarias o poco relevantes para la solución del caso en concreto [el subrayado es nuestro].

Los jueces carecen de conocimientos sobre lo que implica juzgar respecto a las líneas y al ideal de una justicia como equidad o lo que es un Estado Constitucional de Derecho, por ende, presumimos que la política jurisdiccional señalada no es la más certera, carece de fundamentos sobre políticas jurisdiccionales sostenibles.

Pero, la crítica más fuerte que realizamos es sobre la falta de una política jurisdiccional que coadyuve a evaluar si el juez está cumpliendo bien sus funciones dentro de la escuela de la argumentación, porque como advertimos en el ítem anterior, no hay fundamentos acerca de los perfiles de los jueces dentro de éste sistema; así como tampoco hay formas de medir si su trabajo y desempeño lo están cumpliendo bien o no, porque se desconoce los pesos y respecto a los métodos y herramientas de la escuela jurídica en análisis, instrumentos con las cuales deben trabajar los jueces; por lo tanto no hay forma de saber su desempeño.

Por lo expuesto, no podríamos tampoco afirmar categóricamente si las políticas jurisdiccionales están bien o no, si **no existen fundamentos sobre las políticas jurisdiccionales acorde a la concepción de justicia como equidad, por lo tanto, se está dirigiendo el Poder Judicial sin un norte claro**, solo está en base a buenas intenciones, pero así jamás se podrá demostrar si sus actividades son inconsistentes o no lo son.

11.3. ANÁLISIS SOBRE LAS UNIVERSIDADES

11.3.1. Análisis de su observatorio universitario

Para comenzar todavía no existe un observatorio independiente o universitario que realice un seguimiento que nos permita verificar y mantenernos informados respecto a la función

jurisdiccional de la escuela de la argumentación jurídica, lo único con lo que cuenta actualmente el Perú es con un proyecto de observatorio jurídico que está plasmado en la página web oficial de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya, cuya idea se traducía en obtener datos de distintas instituciones dedicadas al servicio o administración de justicia, información que publicarían en forma mensual en revistas, y que dichos datos versarían en:

1. Número de causas en giro en los juzgados, por especialidad y jurisdicción.
2. Carga procesal por magistrado.
3. Incremento anual de la carga procesal.
4. Tiempo promedio en la resolución de los procesos, por materia y jurisdicción.
5. Calificaciones de los magistrados.
6. Perfiles de litigantes.
7. Cuantía de los juicios.
8. Costo de los procesos.
9. Tasa de actividad de los abogados.
10. Performance de las facultades de Derecho.
11. Información estadística sobre las causas en las que el Estado es parte.
12. Estadísticas sobre sanción de magistrados y personal auxiliar.

Ya habíamos advertido que el proyecto establecido por la Universidad Antonio Ruiz de Montoya era excelente y como un paradigma a seguir por las distintas universidades peruanas a fin de realizar un monitoreo de acuerdo a las áreas geográficas donde están establecidas las cortes Superiores y Suprema, pero también habíamos dicho que no coincidíamos con la ejecución, porque el proyecto no contaba con “un marco de referencia para establecer si está funcionando bien o no los fenómenos que desea observar”, y cuando no se cuenta con un marco de referencia o fundamentos de control simplemente no podemos evaluar o hacer el seguimiento respecto al norte que deben seguir los jueces, las políticas jurisdiccionales, las actividades de gestión, las motivaciones de resoluciones judiciales, entre otros elementos.

Por tal razón, necesitamos los fundamentos del observatorio de acuerdo a la concepción de justicia de la argumentación jurídica, una vez elaborado ello, entonces serán más claros los parámetros por los cuales debe hacer el seguimiento el observatorio y podrá demostrar qué falencias, debilidades o errores tiene el sistema de justicia de un Estado Constitucional de Derecho, mientras tanto no se puede hacer mucho, esto vulnera el requisito de que una escuela debe ser congruente o consistente con la concepción de justicia.

11.3.2. Análisis de su enseñanza jurídica

Las mallas curriculares de las universidades deberían tener cursos con el norte de un Estado Constitucional de Derecho, de lo contrario estarían formando abogados no idóneos para realizar epistemología y ciencia de la ciencia jurídica (ítem que ha sido explicada en el apartado 10.4.1. y será de mayor análisis en el apartado 11.4.).

De acuerdo al diario La Ley, El Ángulo Legal de la Noticia, con fecha 23 de enero del 2014, las cinco mejores universidades donde se enseña mejor la carrera de Derecho son: (1) Pontificia Universidad Católica de Perú, (2) Universidad Mayor Nacional de San Marcos, (3) Universidad de Lima, (4) Universidad San Martín de Porres y (5) Universidad de Piura. Por lo tanto, queda analizar si sus mallas curriculares y su perfil del egresado están acorde a la escuela de la argumentación jurídica.

La PUCP y UL son las únicas que tienen en su perfil del egresado el de guiarse bajo el ideal de justicia del Estado Constitucional de Derecho, de esa manera en dichas universidades tendríamos que evaluar si sus mallas curriculares y específicamente si los sílabos de los cursos están direccionados a los conocimientos de una justicia como equidad, pero de eso hablaremos más adelante.

La USMP cuenta con tener el perfil de su egresado de Derecho, pero en ninguno de sus perfiles se pronuncia respecto a la formación de un abogado acorde al ideal de justicia de la argumentación jurídica, es decir, de un Estado Constitucional de Derecho, parece que lo que pretende formar son abogados tenaces en lo empresarial, lo cual quiere decir, formar abogados bajo el ideal de una justicia utilitarista.

Respecto a la UNMSM y UP no cuentan con mostrar el perfil del egresado en la carrera de Derecho, por lo que los cursos de su malla curricular no pueden ser evaluados, sino que el producto de su malla curricular es formar abogados en sentido general a fin de que puedan ejercer el Derecho en distintas áreas que se puedan proponer.

La forma en que hemos corroborado respecto al perfil del egresado ha sido ingresando a sus páginas web de sus respectivas facultades de Derecho del año 2016 diciembre (a lo cual invitamos al lector a corroborar ello) y fijarnos prima facie sobre los perfiles de los egresados, ahora bien, si queremos corroborar si cumplen con los ideales de justicia en cada asignatura o curso de la PUCP y UL, debemos tener acceso a los sílabos y hacer un análisis más profundo si los temas y metodologías están acorde al ideal de justicia.

Pero para realizar un análisis más profundo y poderoso se debe contar con un instrumento que nos guíe si los sílabos están bien elaborados, por lo cual es necesario que los investigadores de la escuela de la argumentación jurídica nos muestren sus **fundamentos respecto a la enseñanza aprendizaje jurídica dentro de un estado Constitucional de derecho**, de lo contrario no se podrá evaluar si están bien o no los temas de los sílabos.

Y los fundamentos de la enseñanza jurídica de un Estado Constitucional de Derecho no debe ser peculiar o singular en cuanto existan tantas universidades a nivel nacional, sino que deben ser fundamentos únicos, nacidos por los investigadores (específicamente de los epistemólogos) de la escuela de la argumentación jurídica, y ya de acuerdo a éstos fundamentos puedan las universidades formar abogados de acuerdo a sus zonas geográficas u otros factores, como por ejemplo en algunos estará el curso de Derecho Deportivo, Derecho Aduanero, Derecho Parlamentario, etc., pero no necesariamente todos deben llevar los mismos cursos, pero sí dichos cursos y cualquiera que esté dentro de la malla curricular deban estar acorde a los fundamentos de un Estado Constitucional de Derecho.

Entonces, con los fundamentos del perfil del egresado y los instrumentos de evaluación de los temas de cada asignatura o curso, los estudiantes de derecho tendrán un norte para ser tanto teóricos o científicos de la escuela de la argumentación jurídica, **caso contrario estarían formando abogados sin norte.**

11.3.3. Análisis de sus líneas de investigación

Ahora bien, como advertimos líneas arriba, si se tiene los fundamentos sobre los perfiles del abogado constitucional, también se tiene los instrumentos para evaluar los temas de cada una de las asignaturas de la malla curricular, entonces por ende también se tendrá las líneas de investigación, es decir, el encaminamiento de lo que deben resolver y

problematizar los estudiantes de pre y post grado, a fin de que sean una unidad intelectual encaminada a evolucionar a su escuela jurídica.

Pero al carecer de fundamentos sobre las líneas de investigación, tampoco podemos evaluar si están dirigiéndose bien las líneas de investigación propuestas por las universidades de pre y pos grado, en necesario entonces que los investigadores e interesados en la escuela de la argumentación jurídica **elaboren los fundamentos de las líneas de investigación**, pero éstos fundamentos no deben ser individualizados o particularizados por las universidades, sino que deben ser únicas a fin de que todas las universidades tengan un mejor cruce de información sobre lo que están investigando, lo que les falta investigar, lo que han dejado de investigar y sobre todo qué problemas tienen que afrontar.

11.4. ANÁLISIS DE SUS INVESTIGACIONES

Tras haber demarcado qué funciones realizan los teóricos (los que hacen epistemología) y los científicos (los que hacen ciencia de la ciencia) dentro de una escuela jurídica, lo que haremos ahora será analizar si es que ello está realizando actualmente dichos investigadores en la escuela de la argumentación jurídica.

Para comenzar como se ha podido advertir en el apartado 11.2.2. si todo el país peruano está bajo la concepción de justicia como equidad, deberían aprender los cursos que designa dicha concepción, pero se demostró que ello no es así, y sí no existe un norte claro por parte de las universidades, tampoco lo hay respecto a las líneas de investigación, por ende, cada estudiante ya sea de post o pre grado harán investigación de acuerdo a sus intereses y no bajo el esquema de querer evolucionar a la escuela jurídica que está como paradigma.

Entonces, podemos deducir hasta ahora que no existen verdaderos seguidores a la mencionada escuela, claro no será el 100%, de eso estamos seguros, pero tampoco podemos decir: ¿cuántos son los seguidores de la escuela jurídica de la argumentación jurídica?, y sí no sabemos dicho dato, tampoco podemos medir tampoco el trabajo que realizan los epistemólogos de dicha escuela, es decir, que no hay un solo laboratorio (o descentralización de ése laboratorio) en la que trabajen sistematizadamente o el hecho de que exista una revista jurídica oficial que encamine y evidencia la evolución y progreso de soluciones a su escuela; afirmamos que la escuela está siendo dirigida sin un norte claro.

No negamos, el hecho de que existan libros y tesis que bajo una lectura rápida nos percatemos de que son investigaciones de la escuela de la argumentación jurídica, pero la idea no es avanzar por avanzar, es necesario sistematizar los trabajos, de lo contrario estaríamos contradiciendo el elemento de “Demarcación interna” de una escuela jurídica, y cuando uno de los elementos no es coherente o acorde a ello, simplemente se declara INCONSISTENTE; de esa manera, para comenzar con pie derecho, se requiere elaborar los fundamentos sobre las herramientas de la epistemología y ciencia de la ciencia jurídica de la escuela de la argumentación jurídica.

Bien, hasta el momento sólo se hemos justificado la problemática entorno a la epistemología jurídica de dicha escuela, pero no acerca de la ciencia de la ciencia jurídica, es decir, del trabajo que realizan los científicos del Derecho o lo que aplican los conocimientos de los teóricos de la escuela de argumentación jurídica; pero debemos evidenciar que es la misma situación que la del epistemólogo, porque el análisis que realizamos sobre las políticas jurisdiccionales, se determinó el desconocimiento sobre las herramientas que debe utilizar el juez del Estado Constitucional de Derecho, además que

se desconoce la forma en cómo medir su desempeño; por lo tanto, ésta falencia vulnera el requisito de demarcación interna, es decir, no podemos saber realmente si el juez está aplicando o no los métodos de la argumentación jurídica, porque aún no hay fundamentos sobre sus herramientas, sólo están explicadas de forma genérica, pero no sistematiza.

Pero alguien podría discrepar al decir: acaso no se tiene el método del test de ponderación de derechos fundamentales, no se tiene la interpretación de la doctrina jurisprudencial, no se tiene las herramientas de las garantías constitucionales, no se tiene a la interpretación constitucional, entre otros elementos, pero deberíamos invitar a la reflexión, mediante la Resolución 120-2014-PCNM del Consejo Nacional de la Magistratura, que con fecha 28 de mayo del 2014, en su fundamento 5 expresa:

El Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura ha podido advertir que durante los últimos tres años en el que se han desarrollado más de mil quinientos procesos de evaluación integral y ratificación de jueces y fiscales, que dichos magistrados presentan resoluciones, dictámenes, disposiciones y otros documentos para la evaluación de la calidad de decisiones en los que frecuentemente incurren en serias deficiencias en su elaboración, caracterizándose, en muchos casos, por la falta de orden, la ausencia de claridad, errores de sintaxis y ortográficos, redundancia e incongruencia, insuficiencia argumentativa y por estar plagada de citas doctrinarias y jurisprudenciales innecesarias o poco relevantes para la solución del caso en concreto [el subrayado es nuestro].

Nos informa que los jueces no están realizando bien su labor jurisdiccional, pero no podemos afirmar categóricamente, porque no hay un fundamento norte que nos permita comparar lo que debería ser y lo que se hace, por lo tanto, dicha evaluación está hecha con buenas intenciones, pero no es científica o rigurosa, hace falta tener los fundamentos del cómo deberían evaluarse las sentencias o resoluciones de los magistrados dentro de un Estado Constitucional de Derecho o escuela de la argumentación jurídica, de lo contrario siempre existirá manipulación sobre los datos obtenidos.

En conclusión, al no tener un norte sobre las investigaciones, o fundamentos sobre las herramientas de la epistemología y ciencia de la ciencia jurídica de la escuela de la argumentación jurídica, no podemos saber si el epistemólogo está avanzando o está haciendo evolucionar a su escuela, así como también no podemos saber si los científicos del derecho están aplicando correctamente las herramientas elaboradas por el sistema de la argumentación jurídica, lo cual no permite saber si sus resoluciones están siendo bien elaboradas o no.

11.5. CONCLUSIÓN DEL ANÁLISIS

La escuela de la argumentación jurídica carece de: (a) fundamentos sobre los perfiles de los jueces, (b) fundamentos para las políticas jurisdiccionales, (c) fundamentos para realizar un observatorio jurídico, (d) fundamentos para la enseñanza sobre sistema de justicia de un Estado Constitucional de Derecho, (e) fundamentos para las líneas de investigación, (f) fundamentos sobre las herramientas de la epistemología y ciencia de la ciencia jurídica de la escuela de la argumentación jurídica.

Sin fundamentos, no podemos saber si la escuela está ingresando a un progreso o a una contradicción, por lo que, al carecer de norte por los fundamentos, es una escuela que tiene buena voluntad, pero no debió ser puesto como paradigma en un sistema de administración

de justicia; por lo tanto, podemos presumir teóricamente que la escuela jurídica de la argumentación jurídica es INCONSISTENTE.

Y afirmamos que es INCONSISTENTE no por el hecho de que a pesar de cumplir con los requisitos de: (a) elementos básicos, (b) demarcación interna, (c) demarcación externa: específicamente de instalación en el Estado, (d) tiene una concepción de justicia idónea, (e) una forma de gobierno idónea, (f) una o más fuentes principales idóneas, (g) una familia jurídica idónea; sino porque NO DEMUESTRA RESOLVER PROBLEMAS JURÍDICOS EN FORMA EFICIENTE, un subrequisito de la demarcación externa; por lo tanto, demuestra que si bien fue aprobado por el Estado por ser consistente teóricamente, ahora no debe permanecer como sistema de administración de justicia, sino que debe ser abandonada por ser INCONSISTENTE en la práctica.

Y es que, aunque no haya ingresado todavía en una lucha o competencia entre escuelas, porque de haberlo hecho se habría demostrado con la debida anticipación que ésta era totalmente inconsistente al ponerla en práctica, hemos demostrado que nuestra teoría está evidenciando la INCONSISTENCIA PRÁCTICA de la escuela jurídica, INCONSISTENCIA PRÁCTICA que sólo puede evidenciarse cuando transcurre el tiempo desde su aprobación y al ingresar en funcionamiento, ella es insostenible. Por lo tanto, se recomienda que los investigadores que afirman ser partidarios pongan en evidencia los fundamentos antes citados y subsanen las falencias de escuela jurídica aprobada por el Estado.

De esa manera, **demostramos que nuestra teoría no es una historia o conjunto de proposiciones románticas, sino que tiene aplicaciones potenciales y mejor poder de vigilancia sobre el sistema de administración de justicia** y de todos los demás sistemas de administración de justicia que quieran imponerse frente a un Estado, y decimos que nuestra teoría aplica sobre el análisis radiográfico de cualquier Estado y su forma de administrar justicia.

Por tal motivo, no debe confundirse que nuestra teoría pretende formar o establecer los fundamentos filosóficos (o criterio de innovación) por los que deba guiarse cada escuela jurídica (esto es el ideal intrínseco que debe seguir por su finalidad y objeto) o los fundamentos epistemológicos como metodológicos propios de cada uno para que demuestren que son consecuentes con lo que piensan, hablan y actúan; sino que nuestra teoría propone el fundamento del cuándo una escuela jurídica debe ser CONSISTENTE y cuándo debe ser INCONSISTENTE.

Con lo explicado líneas anteriores, cada escuela jurídica es responsable de evidenciar entre sus propios fundamentos específicos los criterios que manejará, más nuestra teoría ha construido los fundamentos de una justicia sobre los fundamentos de justicia de cada escuela jurídica, es decir, un sistema de administración de justicia para los distintos sistemas de administración de justicia cimentados por una escuela jurídica en específico, de allí que nuestra teoría se denomine: FUNDAMENTOS PARA UNA CONCEPCIÓN DE JUSTICIA A PARTIR DE LA LUCHA ENTRE ESCUELAS JURÍDICAS.

CONCLUSIONES

1. La concepción de justicia planteada por el tesista en la presente investigación cumple con dos de las tres propiedades que debe tener una teoría: (a) consistente y (b) axiomatizable, porque es posible formar axiomas independientes entre sí (denominados también fundamentos), las mismas que forman teoremas o proposiciones nuevas sin contradicciones entre todos sus elementos.
2. La concepción de justicia planteada por el tesista que se generó a partir de la lucha entre escuelas jurídicas deja la posibilidad abierta de que se puedan presentar otras concepciones de justicia, es por eso que se reservó la propiedad de ser completa.
3. La concepción de justicia planteada por el tesista tiene fundamentos axiomatizados y fundamentos no axiomatizados, y estos últimos están compuesto por 29 proposiciones argumentativas, las cuales sólo entrarán en funcionamiento cuando por lo menos dos escuelas jurídicas entren en lucha dentro de un Estado.
4. De conformidad a la concepción de justicia planteada por el tesista: Toda persona tiene derecho a elegir, a guiarse y a ser sometido bajo una determinada concepción de justicia coherente y consistente, de lo contrario todo sistema de justicia se basaría en la imposición de criterios irracionales o de intereses particulares.
5. Para llegar a cimentar la concepción de justicia propuesta por el tesista, se tuvo que establecer y fundamentar los elementos que debe tener una escuela jurídica, que hasta el momento no se ha encontrado registro alguno, por lo que se propusieron los siguientes elementos: (a) sujeto de estudio; (b) objeto de estudio; (c) método de estudio; (d) fin de estudio; (e) teoría desarrollada.
6. Las escuelas jurídicas, además de tener elementos, también deben tener criterios de demarcación, las cuales se constituyen en: (a) demarcación interna y (b) demarcación externa, asimismo éste último criterio está compuesto por: (1) la actividad progresiva de resolver problemas de manera consistente, y la (2) instauración como programa estatal de resolución de conflictos, y éste último está conformado por: (i) las formas de gobierno, (ii) la concepción de justicia, y (iii) la función jurisdiccional que han utilizado las escuelas jurídicas.
7. El requisito de la función jurisdiccional se evidencia por manejar o inclinarse por una familia jurídica en específico, por lo que al mismo tiempo cada familia jurídica utiliza una o más fuentes del derecho por excelencia.
8. De las 13 supuestas escuelas jurídicas analizadas en la tesis, sólo 6 escuelas han pasado el filtro de cumplir con tener: (a) los elementos, (b) los criterios de demarcación y (c) una instauración como programa estatal de resolución de conflictos; las cuales denotan tener una consistencia teórica.
9. Las 6 escuelas jurídicas consistentes teóricamente son: (1) iusnaturalismo teológico, (2) escuela libre del Derecho, (3) escuela realista escandinava, (4) escuela realista estadounidense, (5) la escuela iusmarxista y (6) escuela de la argumentación jurídica.
10. La consistencia práctica de una escuela jurídica se demuestra cuando, al ser aplicada por un sistema estatal tiende a desarrollarse y a cumplir con todos los requisitos que demanda una escuela jurídica teóricamente al transcurrir el tiempo.
11. De las 6 escuelas jurídicas consistentes teóricamente, la escuela de la argumentación jurídica, vigente en el Estado peruano, analizada bajo la propuesta de la nueva concepción de justicia planteada por el tesista, se llegó a demostrar que es INCONSISTENTE de forma práctica, por lo que, si se subsanan las falencias determinadas, se lograría mejorar y darle eficacia al sistema jurisdiccional vigente.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a los investigadores y verdaderos seguidores de la escuela de la argumentación jurídica trabajar para elaborar los: (a) fundamentos sobre los perfiles de los jueces, (b) fundamentos para las políticas jurisdiccionales, (c) fundamentos para realizar un observatorio jurídico, (d) fundamentos para la enseñanza sobre sistema de justicia de un Estado Constitucional de Derecho, (e) fundamentos para las líneas de investigación, (f) fundamentos sobre las herramientas de la epistemología y ciencia de la ciencia jurídica de la escuela de la argumentación jurídica.
2. Se recomienda realizar una tesis más rigurosa respecto al análisis de la escuela de argumentación jurídica con la concepción de justicia planteada por el tesista, a fin de tener una mejor visión sobre el sistema de justicia que está utilizando el Estado peruano tanto a nivel nacional como departamental.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS (Estilo PUCP)

ABBAGNANO, Nicolás

1994 *Historia de la filosofía*. España-Barcelona: Hora S.A.

AJA, Eliseo y Markus GONZÁLES

1998 “Conclusiones generales”. En *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, pp. 257-291.

ALEXY, Robert

2007 *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima: Palestra

ALEXY, Robert.

1989 “La naturaleza de la filosofía del derecho”. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. Madrid. Volumen 26, pp. 5-32: Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Consulta: 10 de diciembre del 2016.

<http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD47031396.pdf>

ALCHOURRÓN, Carlos

1991a “Los argumentos jurídicos a fortiori y a pari”. En *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudio Constitucionales.

ALCHOURRÓN, Carlos

1991b “Lógica de normas y lógica de proposiciones normativas”. En *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudio Constitucionales.

ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio BULYGIN

1991a “Introducción”. En *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudio Constitucionales.

ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio BULYGIN

1991b “La concepción expresiva de las normas”. En *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudio Constitucionales.

ALCHOURRÓN, Carlos y Antonio MARTINO

2008 *Lógica sin verdad y Derecho*. Lima: Fondo Editorial Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

ANGULO MARCIAL, Noel

2009 “¿Qué son los observatorios y cuáles son sus funciones?”. En *Revista Innovación Educativa*. México D.F. volumen 9, número 47, abril-junio, pp. 5-17. Consulta: 09 de diciembre del 2016.

<http://www.redalyc.org/pdf/1794/179414895002.pdf>

ARGUELLO, Luis

1985 *Manual de derecho romano*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

ATIENZA, Manuel

2008 "Constitución y argumentación". En FERRER, Eduardo y Arturo ZALDÍVAR (coordinadores). *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Tomo IV Interpretación constitucional y jurisdicción electoral. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 21-56. Consulta el 01 de noviembre del 2016.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2560/7.pdf>

ATIENZA, Manuel

2015 *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel

ATIENZA, Manuel

1994 *Introducción al Derecho*. Barcelona-España: Ariel

ATIENZA, Manuel

2004 *Las razones del Derecho*. Lima: Palestra

ATIENZA, Manuel

2008 *Marx y los Derecho Humanos*. Lima: Palestra Editores.

ATIENZA, Manuel

2008 *Ideas para una Filosofía del Derecho. Una propuesta para el mundo latino*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

ATLANTIC INTERNATIONAL UNIVERSITY

2015a *Familia del common law. Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. s/l: s/e. Consulta: 4 de mayo del 2016.

<http://cursos.aiu.edu/Sistemas%20Jur%C3%ADdicos%20Contempor%C3%A1neos/PDF/Tema%202.pdf>

ATLANTIC INTERNATIONAL UNIVERSITY

2015b *Familia de los sistemas religiosos. Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. s/l: s/e. Consulta: 4 de mayo del 2016.

<http://cursos.aiu.edu/Sistemas%20Jur%C3%ADdicos%20Contempor%C3%A1neos/PDF/Tema%204.pdf>

ARISTÓTELES

2011 *Ética a Nicómaco*. Segunda Edición. Madrid: Tecnos.

BADENES GASSET, Ramón

1959 *Metodología del Derecho*. Barcelona: Bosch.

BARBERIS, Mauro

2011 "Un poco de realismo sobre el realismo 'genovés'". En FERRER, Jordi y RATTI Giovanni (editores). *Realismo jurídico genovés*. Madrid Aires: Marcial Pons, pp. 201-215.

BELTRAN DE FELIPE, Miguel y Julio, GONZALES
2005 "Preliminar". En *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 20-58.

BERNAL, Manuel y GARCÍA, Diana
2003 *Metodología de la investigación jurídica y sociojurídica*. Bogotá: Fundación Universitaria de Boyacá.

BENTHAM, Jeremías
1985 *Fragmento sobre el Gobierno*. Madrid: Sarpe.

BOBBIO, Norberto
1965 *Derecho y Lógica*. México: Centro de Estudios Filosóficos Universidad Nacional Autónoma de México.

BOBBIO, Norberto
1987 *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*. México: Fondo de Cultura Económica.

BOLTVINIK, Julio
2003 "Conceptos y medición de la pobreza. La necesidad de ampliar la mirada". En *Papeles de población*. Toluca, año 9, número 38, octubre-diciembre, pp. 9-25. Consulta: 24 de junio del 2017.

<http://www.redalyc.org/pdf/112/11203801.pdf>

BUNGE, Mario
2009 *Vigencia de la filosofía*. Lima: Fondo Editorial Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

CAMPOS FLORES Evelyn Patricia y Bárbara SEPÚLVEDA HALES
2013 *El Realismo jurídico Norteamericano: Escuela de Derecho*. Memoria de licenciatura en Ciencias jurídicas y Sociales: Santiago de Chile: Universidad De Chile, Facultad de Derecho. Consulta el 12 de septiembre del 2016:

http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos_e.pdf?sequence=1

CAPPELLETTI, Mauro
1986 "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional". En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, año 6, número 17, mayo-agosto, pp. 257-291. Consulta: 06 de mayo del 2016.

<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=319&IDA=24796>

CARBONELL, Miguel

2007 “La peor sentencia: a 150 años de Dred Scott versus Sanford”. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, número 20, diciembre, pp. 145-153. Consulta el 04 de mayo del 2016.

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337630229009>

CARPIO MARCOS, Edgar

2011 “Principio de legalidad penal y sentencias manipulativas”. En *Vox iuris*, Lima, número 21, pp. 203-231.

CASSINI, Alejandro

2006 *El juego de los principios: una introducción al método axiomático*. Buenos Aires: A*Z editora.

CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

2014 Resolución 120-2014-PCNM. Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura, precedente: Evaluación de la calidad de evaluaciones. Lima, 28 de mayo.

COSSIO, Carlos

1987 *Radiografía de la Teoría Ecológica del Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

DAVID, René y Camile, JAUFFRET-SPINOSI

2010 *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. México: Universidad Autónoma de México. Consulta el 22 de octubre del 2016.

<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2792-los-grandes-sistemas-juridicos-contemporaneos-1a-reimp-de-la-11a-ed>

DEL VECCHIO, Giorgio

1933 *Los principios generales del Derecho*. Barcelona: Librería Bosch.

DICCIONARIO VIRTUAL DE LA LENGUA ESPAÑOLA

2001 Vigésima segunda edición. Consulta el 27 de junio del 2016:
<http://rae.es/>

DIETERLEN, Paulette

2007 “Cuatro enfoques sobre el florecimiento humano”. En *Desacatos*, número 23, pp. 147-158. México: Universidad Autónoma de México. Consultado el 24 de junio 2017.

<http://www.scielo.org.mx/pdf/desacatos/n23/n23a7.pdf>

FARIÑAS, María

1989 *La sociología del derecho de Max Weber*. México: Universidad Autónoma de México. Consulta el 20 de diciembre del 2015.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=969>

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco

1997 “Evolución histórica y los modelos de control constitucional”. En *Revista de Pensamiento Constitucional*. Lima, número 4, volumen 4, pp. 167-216. Consulta el 21 de octubre del 2016:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/3302/3144>

FERNÁNDEZ-ALBERTO, José

2005 “Dividir lo indivisible. Separación de Poderes y soberanía popular en James Madison”. En *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*. Madrid, número 128, pp. 293-316. Consulta el 21 de octubre del 2016:

<file:///C:/Users/pc/Downloads/Dialnet-DividirLosIndivisible-1255771.pdf>

FERNANDEZ CUESTA, Raimundo

1960 *Marxismo y Derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

FERNANDEZ-GALIANO, Antonio

s/f *Relativismo gnoseológico y relativismo jurídico*. Madrid: REUS S.A.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos

2011 *El Derecho a imaginar en el Derecho: Análisis reflexiones y comentarios*. Lima: IDEMSA.

FERRER, Jordi y Giovanni, RATTI

2011 “Introducción”. En FERRER, Jordi y RATTI Giovanni (editores). *Realismo jurídico genovés*. Madrid: Marcial Pons, pp. 11-14.

GUÉRIN, Daniel

1992 *El anarquismo*. Segunda edición. Buenos Aires: Anarres.

GOLDSCHMIDT, Werner

1987 *Introducción filosófica al Derecho: La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. Sexta edición. Buenos Aires: Ediciones De Palma.

HART, Herbert Lionel Adolphus

1961 *El concepto de Derecho*. Genaro Carrió (Traductor). Buenos Aires: Alebedo-Perrot.

HEGEL, Georg

1987 *Fenomenología del espíritu*. México-México: Fondo de Cultura Económica

HERNÁNDEZ GIL, Antonio

1988 *Metodología de la ciencia del Derecho*. Madrid: Espasa-Calpe S.A.

HERNÁNDEZ VALDIVIA, Maribel

2004 *La Republica y el Sistema Constitucional en México*. México: D.R. Convergencia.

HERRERA, Enrique

1998 *Práctica metodológica de la investigación jurídica*. Buenos Aires: Astrea.

HIERRO, Liborio
2009 *El realismo jurídico escandinavo: Una teoría empirista del derecho*. Segunda edición. Madrid: Iustel.

HIERRO, Liborio
2011 "Sostiene Barberis: Consideraciones sobre el trayecto genovés desde el realismo jurídico al constitucionalismo". En FERRER, Jordi y RATTI Giovanni (editores). *Realismo jurídico genovés*. Madrid: Marcial Pons, pp. 217-236.

KANT, Inmanuel
2003 *Crítica a la razón práctica*. Buenos Aires: Editorial Losada

KANT, Inmanuel
2007 *Crítica a la razón pura*. Buenos Aires: Ediciones Cohnhue

KANT, Inmanuel
1999 *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Barcelona: Editorial Ariel

KANT, Inmanuel
2008 *La metafísica de las costumbres*. Cuarta edición. Madrid: Tecnos.

KELSEN, Hans
1933 *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho*. Madrid: Editorial de revista de Derecho Privado.

KUHN, Thomas
2007 *Estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica.

LAKATOS, Imre
1978 *La metodología de los programas de investigación científica*. Editado por John Worall y Gregory Currie. Madrid: Alianza editorial.

LAKATOS, Imre
1983 *La metodología de los programas de investigación*. Madrid: Alianza Universidad.

LA LEY
2014 "Ranking de las mejores facultades de Derecho del Perú". En periódico La Ley. Lima. Consulta el 12 de diciembre del 2016.

<http://laley.pe/not/783/ranking-de-las-mejores-facultades-de-derecho-del-peru/>

LARENZ, Karl
1994 *Metodología de la ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.

LEITTER, Brian

2015 “Realismo Jurídico Estadounidense”. En FABRA, Jorge (editor general). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Volumen uno. México: Universidad Autónoma de México, pp. 241-276.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3875/10.pdf>

MARX, Karl y Federico ENGELS

1848 *Manifiesto del Partido Comunista*. s/l: s/e.

MAYORCA, Carolina

2002 *Metodología de la Investigación*. Bogotá: Panamericana Editorial.

MERRYMAN, Jhon.

2012 *La tradición jurídica romano-canónica*. México-México: Fondo de Cultura Económica.

MOSTERÍN, Jesús

2011 *Epistemología y racionalidad*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

GONZÁLES MARTÍN, Nuria.

2010 *Sistemas jurídicos contemporáneos*. México: Nostra Ediciones/Universidad Autónoma de México. Consulta el 22 de octubre del 2016:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3258/4.pdf>

MASSINI, Carlos Ignacio

1975 “Los fundamentos del Derecho Natural clásico en el pensamiento de Michel Villey”. En *IDEARIUM Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza*, número 1, pp. 1-18. Argentina: Universidad de Mendoza. Consulta el 24 de junio del 2017.

<http://www.um.edu.ar/ojs-new/index.php/Idearium/article/viewFile/715/698>

NICOLESCU, Basarab.

1996 *Manifiesto de la transdisciplinariedad*. Francia: Ediciones Du Rocher. Consulta el 01 de noviembre del 2013:

<http://www.ceuarkos.com/manifiesto.pdf>

NOVAK, Michael

1983 “El espíritu del Capitalismo Democrático”. En *Centro de Estudios Públicos*, número 11, pp. 135-168. Santiago de Chile. Consulta el 24 de junio del 2017.

https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183251/rev11_M_Novak.pdf

PARAMO ARGUELLES, Juan Ramón

1984 *H. L. A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Ortiz Caballero, René.

2012 “La enseñanza del Derecho: Cambio de paradigma”. En OLIVERA, Luís. (Editor), *Docencia universitaria: Reflexiones y experiencias*. Lima: Fondo editorial: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 329-333.

PLATÓN

2012 *La República*. Patricio de Azcarate (Traductor). Barcelona: Ediciones Brontes.

POPPER, Karl

1994 *Conjeturas y refutaciones*. Cuarta reimpresión. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A.

POPPER, Karl

2001 *La lógica de la investigación científica*. Tercera Edición. Madrid: Tecnos.

RAWLS, John

2002 *La justicia como equidad*. Barcelona: Paidós.

RAWLS, John

1995 *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica.

RAWLS, John

1997 *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.

RAZ, Joseph

1986 *El concepto de sistema jurídico*. Rolando Tamayo (Traductor). México: Universidad Autónoma de México.

REALE, Miguel

1997 *Teoría tridimensional del Derecho*. Madrid: Tecnos S.A.

RODRÍGUEZ PRATS, Juan José

2005 “El concepto de República y las tradiciones republicanas”. En VALADÉS, Diego y Daniel, BARCELO. *Examen retrospectivo del sistema constitucional mexicano*. México: Universidad Autónoma de México.

RODRÍGUEZ RIVAS, Miguel

2007 *Proceso de la ciencia. Operaciones básicas: problema e hipótesis*. Lima: Fondo Editorial Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

ROBLES, Gregorio

1997 *Sociología del Derecho*. Madrid: Editorial Civitas S.A.

RUEDA, Paulino

2011 *Sociología del Derecho*. Lima: Fondo Editorial Universidad San Martín de Porres

SAGÁSTEGUI, Pedro.

2010 *Derecho Comparado*. Lima-Perú: Grijley.

SÁNCHEZ ZORRILLA, Manuel

2011 “La metodología en la investigación jurídica: Características peculiares pautas generales para Investigar en el Derecho”. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. s/c, año 14, volumen 1, pp. 317-358. Consulta el 27 de junio 2016:

<http://www.rtd.es/numero14/11-14.pdf>

SANTO TOMAS DE AQUINO

1990 *Suma de Teología*. Tomo II. Madrid: Biblioteca de autores cristianos.

SANTO TOMAS DE AQUINO

1990 *Suma de Teología*. Tomo III. Madrid: Biblioteca de autores cristianos.

SAVIGNY, Friedrich Karl

1814 *De la vocación de nuestro siglo para la Legislación y para la ciencia del Derecho*. Madrid: La España Moderna.

SAVIGNY, Friedrich Karl

2004 *Metodología jurídica*. Buenos Aires: Valleta Ediciones.

SILVA VALLEJO, José.

2011 *Filosofía del Derecho*. Perú-Lima: Ediciones Legales

SOLÍS ESPINOZA, Ciro

2007 *Inicio en epistemología. Filosofía y teoría de la ciencia*. Lima: Editorial San Marcos.

TARELLO, Giovanni

2011 “La semántica del néustico. Observaciones sobre la ‘Parte descriptiva’ de los enunciados prescriptivos”. En FERRER, Jordi y RATTI Giovanni (editores). *Realismo jurídico genovés*. Madrid: Marcial Pons, pp. 15-39.

TARUFFO, Michele

1998 “La ley y el juez en el ‘Rule of law’ Ingles y en el Constitucionalismo Americano”. En *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder judicial, pp. 139-160.

TEUBNER, Gunter

2002 “El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del Derecho”. En *Cuadernos de filosofía del derecho Doxa*. Alicante, número 25, pp. 5-88.

TOCQUELVILLE, Alexis

1996 “Capítulo VI. El poder judicial en los Estados Unidos y su acción sobre la sociedad política”. En *La democracia en América*. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 106-111.

TUSHNET, Mark

2013 *Constitucionalismo y Judicial Review*. Lima: Palestra Editores.

UNIVERSIDAD ANTONIO RUIZ DE MONTOYA

2015 *Proyección de observatorio*. Lima. Consultado el 09 de diciembre del 2016.

<http://observatoriodelajusticia.uarm.pe/proyeccion-del-observatorio/>

VALLET DE GOYTISOLO, Juan

1991 "Definición e interpretación del derecho según Michel Villey". En *Persona y Derecho*, número 25, pp. 211-238. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra. Consultado el 24 de junio 2017.

[file:///C:/Users/PcINTEL/Downloads/PD_25-2_12%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/PcINTEL/Downloads/PD_25-2_12%20(1).pdf)

VILLEY, Michel

1976 *Estudios en torno a la noción de Derecho subjetivo*. Santiago de Chile: Universidad Católica de Valparaiso.

VON KIRCHMANN, Julius Hermann

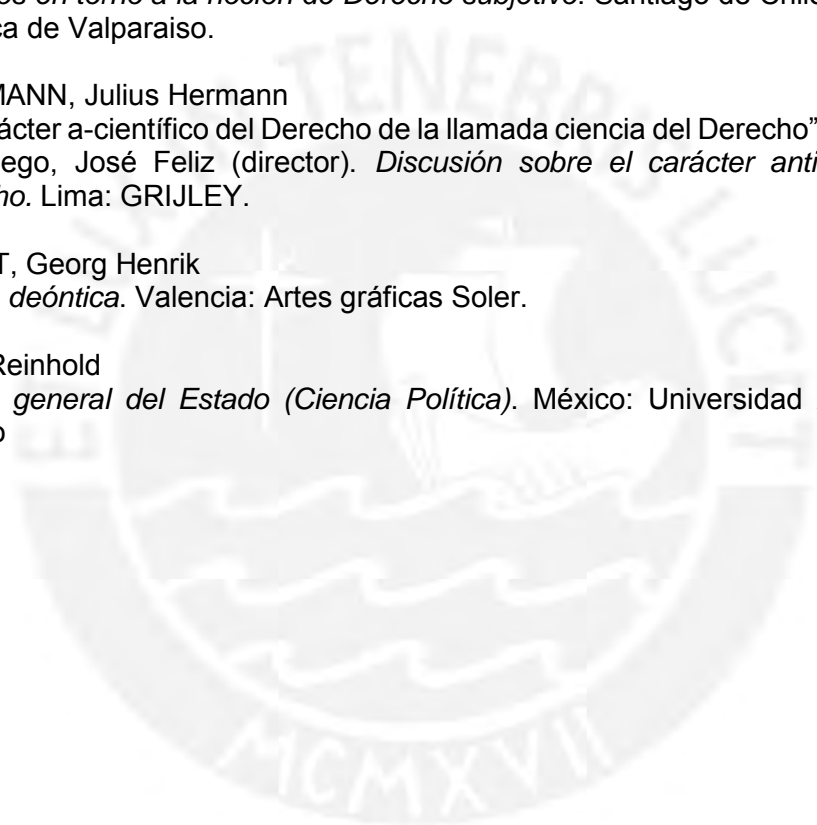
1999 "El carácter a-científico del Derecho de la llamada ciencia del Derecho". En Palomino Manchego, José Feliz (director). *Discusión sobre el carácter anti-científico del Derecho*. Lima: GRIJLEY.

VON WRIGHT, Georg Henrik

1979 *Lógica deóntica*. Valencia: Artes gráficas Soler.

ZIPPELIUS, Reinhold

1985 *Teoría general del Estado (Ciencia Política)*. México: Universidad Autónoma de México



ANEXOS



ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA

| FORMULACIÓN DEL PROBLEMA | OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN | HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN | VARIABLES E INDICADORES | METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN |
|--|---|---|--|---|
| Problema general | Objetivo general | Hipótesis general | Variable independiente: Escuelas jurídicas | Enfoque metodológico |
| ¿Es posible fundamentar una nueva concepción de la justicia a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia? | Buscar la posibilidad de fundamentar una nueva concepción de la justicia a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia. | Si es posible fundamentar una nueva concepción de justicia a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia siempre en cuando cumplan dos de los requisitos de una teoría que son la consistencia, la resolución de problemas y la axiomatización. | Dimensiones: <ul style="list-style-type: none"> • Iusnaturalismo • Iuspositivismo • Ius sociologismo • Tridimensionalismo jurídico • Escuela libre del Derecho • Ius historicismo • Ius marxismo • Escuela realista • Escuela relativista • Escuela anticientífica del Derecho • Escuela egológica del Derecho • Escuela analítica del derecho • Escuela de la argumentación jurídica del Derecho | Es de naturaleza filosófico-jurídico (formal) |
| Problemas específicos | Objetivos específicos | Hipótesis específicas | Variable dependiente: Concepción de justicia | Prueba de hipótesis |
| ¿Se puede generar una teoría de la justicia que sea consistente entre todos sus elementos a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite | Verificar la posibilidad de generar una teoría de la justicia consistente entre todos sus elementos a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la | Si se puede generar una nueva teoría de la justicia consistente entre todos sus elementos a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la | Dimensiones: <ul style="list-style-type: none"> • Deontológica • Utilitarista • Analítica • Historicista • Equidad • Divina | Se utilizó la metodología de la concepción informática de la teoría, pues para ello al haber realizado la teoría final, ésta debe ser o bien: |

| | | | | |
|--|---|---|--|---|
| <p>la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia?</p> | <p>inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia.</p> | <p>inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia.</p> | <p>Las variables intervinientes</p> <ul style="list-style-type: none"> • Inconmensurabilidad de diálogos • Imposición de algún criterio de justicia | <p>consistente y completa o consistente y axiomatizable.</p> |
| <p>¿Se puede resolver todos los problemas jurídicos mediante la nueva concepción de la justicia a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia?</p> | <p>Estudiar la posibilidad resolver problemas jurídicos mediante una nueva teoría de la justicia a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia.</p> | <p>Sí se puede resolver todos los problemas jurídicos con una nueva teoría de la justicia a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia.</p> | | <p>Para ello, también se utilizó el método axiomático aplicado a las ciencias sociales.</p> |
| <p>¿Se puede estructurar axiomas para realizar una nueva concepción de la justicia a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia?</p> | <p>Examinar la posibilidad de estructurar axiomas para realizar una nueva teoría de la justicia a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia.</p> | <p>Sí se puede estructurar axiomas para realizar una nueva teoría de la justicia a partir de las escuelas jurídicas que personifica el juez y las partes dentro de un proceso judicial que evite la inconmensurabilidad de diálogos y consecuentemente la imposición de algún criterio de justicia.</p> | | |