

# UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

## DISCUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA EPISTEMOLÓGICA DEL DERECHO

TESIS PRESENTADA A  
LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS EN CUMPLIMIENTO DEL  
REQUISITO PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

POR

MANUEL EDGARDO SÁNCHEZ ZORRILLA

ASESOR

JULIO ALEJANDRO VILLANUEVA PASTOR

Cajamarca, Perú

Julio 2009

Luego de algunos años de ser escrito, he decidido difundir este trabajo, pues de seguir únicamente en la biblioteca local no sería conocido ni criticado por un mayor número de expertos. La tesis central la sigo sosteniendo, pero muchas afirmaciones que se encuentran acá las he afinado o cambiado, pero no he querido modificarlas en este documento.

Excepto esta primera página, el documento no ha sido modificado en nada (si existen algunos pequeños cambios estos se han producido por el programa informático y son ajenos a mi voluntad). Agradezco al director de esta revista por permitírmelo hacer.

*Publicada el 01/04/2015 por*  
**Derecho y Cambio Social**

A mi madre  
sólo por ella hice esto

*Es mejor saber después de haber pensado y discutido que  
aceptar los saberes que nadie discute para no tener que pensar.*

Fernando Savater

# ÍNDICE

TABLA DE GRÁFICOS.....	VI
AGRADECIMIENTOS .....	VII
LISTA DE ABREVIATURAS Y SÍMBOLOS .....	VIII
RESUMEN .....	IX
PREFACIO .....	X
<b>CAPÍTULO 1.....</b>	<b>1</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO 2.....</b>	<b>7</b>
<b>LA RELACIÓN ENTRE LA CIENCIA DEL DERECHO Y EL DERECHO .....</b>	<b>7</b>
<i>Derecho.....</i>	<i>10</i>
Normas Jurídicas (NJ) .....	13
Sociedad Humana (SH) .....	16
Sistema Legal (SL).....	18
Jurisprudencia .....	20
Ciencia del Derecho (CD).....	21
El método de la ciencia del derecho .....	23
<b>CAPÍTULO 3.....</b>	<b>26</b>
<b>LAS TEORÍAS JURÍDICAS.....</b>	<b>26</b>
<i>De la Ciencia del Derecho Tradicional a la posible Ciencia del Derecho en sí.....</i>	<i>26</i>
La Cdt como Manuales Técnicos Especiales .....	27
<i>Posibles Teorías Científicas del Derecho .....</i>	<i>31</i>
Teoría General del Delito (TGD).....	31
Teoría del Acto Jurídico (TAJ) .....	34
<i>Conclusiones sobre las Teorías Jurídicas .....</i>	<i>36</i>

<b>CAPÍTULO 4.....</b>	<b>40</b>
<b>ÁMBITO CIENTÍFICO Y DERECHO: CONOCIMIENTO CIENTÍFICO Y CONOCIMIENTO TÉCNICO .....</b>	<b>40</b>
<i>Teorías Científicas y Teorías Técnicas.....</i>	<i>40</i>
La explicación Científica y la explicación Técnica.....	43
<i>Una Teoría Científica en Ciencias Sociales .....</i>	<i>46</i>
<i>Una Teoría Técnica en Ciencias Sociales.....</i>	<i>47</i>
<i>Relación Ciencia – Técnica .....</i>	<i>48</i>
<i>El derecho en el ámbito científico.....</i>	<i>52</i>
La creación de una Norma Jurídica.....	52
<b>CAPÍTULO 5.....</b>	<b>56</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>56</b>
<i>Tesis.....</i>	<i>56</i>
<i>Primera Conclusión.....</i>	<i>58</i>
<i>Segunda Conclusión.....</i>	<i>59</i>
<b>ADDENDUM .....</b>	<b>60</b>
<i>Sobre el Primer Punto.....</i>	<i>61</i>
<i>Sobre el Segundo Punto.....</i>	<i>62</i>
<i>Sobre el Tercer Punto.....</i>	<i>63</i>
<i>Sobre el Cuarto Punto.....</i>	<i>63</i>
<b>LISTA DE REFERENCIAS .....</b>	<b>65</b>

## TABLA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1: VISIÓN DINÁMICA DEL DERECHO .....	11
GRÁFICO 2: NIVELES DE LA CIENCIA DEL DERECHO .....	30
GRÁFICO 3: TEORÍA GENERAL DEL DELITO .....	32
GRÁFICO 4: TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO.....	35
GRÁFICO 5: CD EN RELACIÓN CON LA SH (CONDUCTAS HUMANAS) .....	37
GRÁFICO 6: ESQUEMA NOMOLÓGICO DEDUCTIVO DE LA EXPLICACIÓN CIENTÍFICA.....	44
GRÁFICO 7: RELACIÓN CIENCIA - TÉCNICA.....	49
GRÁFICO 8: GIRO DE LA RELACIÓN CIENCIA - TÉCNICA .....	49
GRÁFICO 9: CORTE DEL PERFIL DE LA RELACIÓN CIENCIA-TÉCNICA.....	50
GRÁFICO 10: PARTE TÉCNICA DEL DERECHO EN EL ÁMBITO CIENTÍFICO .....	55
GRÁFICO 11: RELACIÓN ÁMBITO CIENTÍFICO - DERECHO.....	57
GRÁFICO 12: LA CIENCIA DEL DERECHO CON OTRAS DISCIPLINAS.....	58

## AGRADECIMIENTOS

Aunque la responsabilidad de una obra siempre responde a un autor o autores, en mi caso no puedo decir que todo el producto haya sido exclusivamente mío (salvo los errores), pues desde el surgimiento de la idea de investigación existieron un sinnúmero de personas que me fueron apoyando de diverso modo, muchas de ellas sin darse cuenta, a todas esas personas les debo el haber terminado este pequeño trabajo.

A continuación quisiera mencionar a quienes me apoyaron con muy importantes observaciones luego de leer el manuscrito original, aunque debo aclarar que muchos de ellos estuvieron desde la concepción de la idea de investigación. La aparición de sus nombres está en estricto orden alfabético y he omitido sus logros académicos por cuanto, no creo que un rótulo sea un punto de comparación ni de distinción. En adelante, la relación de ellos: Alonzo Ramírez Alvarado, B. Guillermo Cabrera Rojas, Cesar Aliaga Díaz, Christhian Díaz Ruiz, David Zavaleta Chimbor, Doris Castañeda Abanto, Jorge Huamán Sánchez, José Luis Coba Uriarte, Julio Villanueva Pastor, Kelly del Milagro Terrones Román, Magali Jacqueline Soto Bardales, Manuel Ortiz Soriano, Marcial Abanto Florida, Mario Abanto Quevedo, Noemí López Chegne, Pablo Cueva Chávez, Reynaldo Mario Tantaleán Odar, Sandra Bringas Flores, Silvia Zorrilla Gonzales.

A todos ellos mi gratitud.

## LISTA DE ABREVIATURAS Y SÍMBOLOS

a.C.	antes de Cristo
<i>apud</i>	en la obra de
CD	Ciencia del Derecho
CDt	Ciencia del Derecho tradicional
DRAE	Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española (22da. edición)
FD	Filosofía del derecho
J	jurisprudencia
NJ	Norma(s) Jurídica(s)
s/a	sin año de edición
s.v.	<i>sub voce</i> ('bajo la palabra', en diccionario)
SH	Sociedad Humana
SL	Sistema Legal
TAJ	Teoría del Acto Jurídico
TGD	Teoría General del Delito
Tt	Teoría(s) técnica
§	Párrafo. Cuando está en el texto significa véase o consúltese el párrafo indicado
‡	Nota de pie de página. Significa véase o consúltese la nota indicada.

## RESUMEN

En este estudio se discute la cientificidad del derecho en función de dos de sus teorías (del delito y del acto jurídico). Se sostiene que la llamada *ciencia del derecho* es un tipo de conocimiento propio del derecho que no es ni ciencia ni técnica. Por ello, el derecho constituye un conocimiento que no puede ser encasillado dentro del ámbito científico. A pesar de eso, también se determinó que el derecho se encuentra muy ligado a la ciencia y la técnica, sin ser ciencia pero que, gracias al tropo sinécdoque, puede ser técnica. De este modo está bien referirse al derecho como técnica, mas es incorrecto decir que es ciencia.

## PREFACIO

En nuestros días la ciencia ha alcanzado un desarrollo tan significativo que se suele decir que una disciplina es científica para realzarla del resto. Lakatos manifiesta que el hombre tiene como una de sus características más peculiares el respeto que siente por el conocimiento y, como en latín conocimiento se dice *scientia*, la ciencia llegó a ser el *nombre* del conocimiento más respetable. Los publicistas, al parecer conocedores del tema, no dudan en otorgarle la calidad de científica a varias disciplinas. Ejemplo de lo anteriormente dicho son las llamadas *ciencia del deporte*, *ciencias de la comunicación*, e incluso las *ciencias paranormales*. Otro ejemplo se nota en el hecho de que en muchas universidades se otorga grados académicos de *maestro en ciencias* y de *doctor en ciencias* en muy distintas disciplinas que no necesariamente las son.

Ahora bien, se considera a las universidades como centros de producción y difusión de conocimiento; sin embargo, es bueno aclarar que el propio nombre de universidad (de universal) sugiere que no todo el conocimiento que produzca en ella será científico, como tampoco lo tendrían que ser las profesiones que se enseñen ahí. Pese a ello, pareciera que a todos les gustaría decir que han estudiado una ciencia, por eso existe una tendencia de hacer tesis en donde los alumnos hacen científica a la profesión que estudiaron. Así resulta siendo ciencia la contabilidad, la enfermería, la educación, etc. Esta tendencia a lo mejor pueda explicarse por lo manifestado por Lakatos, pero ese hecho no justifica que se cometan significativos errores al otorgarles el calificativo de ciencia a muchas disciplinas que no las son.

Pero eso no es todo. El respeto que siente el hombre por el conocimiento ha llevado a creer que aquel que estudia una disciplina que es considerada como científica es superior a otro que no lo hace. Relacionado con esto, se diferencia también entre profesionales egresados de universidades y profesionales egresados de institutos técnicos y se cree, que los primeros se encuentran sobre los segundos (idea heredada de la antigua Grecia en donde el trabajo manual era propio de los esclavos). Estas creencias son falsas cuando se analiza la verdadera relación que existe entre ciencia y técnica, aún más, una de las mejores universidades del mundo, se llama *Massachusetts Institute of Technology*; pero eso no es todo, se debe recordar que todas las universidades en pregrado forman profesionales, es decir, forman técnicos en alguna disciplina, no más. Queda claro que la distinción entre ciencia y técnica no busca hacer a una superior a la otra, ni mucho menos otorgarle a las personas que se encuentran en esas áreas la misma relación.

Diferenciar entre ciencia y técnica busca darnos a conocer que una cosa es lo natural y otra lo artificial, que existe un tipo de conocimiento que no se conforma únicamente con saber, sino que busca la utilidad de ese conocimiento para crear artefactos que modifiquen algún aspecto de la realidad. Esta diferenciación y las consecuencias que de ella se desprenden son algunos de los problemas de los que se ocupa la epistemología. Por ese motivo la he tenido que usar para averiguar si el conocimiento que se produce en el derecho puede ser calificado como científico.

## CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

§ 1. Hasta donde he investigado, me he podido dar cuenta que los estudios sobre la cientificidad del derecho (§ 2) discuten las definiciones, tanto de *ciencia* como de *derecho*, para luego determinar su cientificidad en función de sus definiciones. Sostengo que esta manera de determinar si una disciplina es o no ciencia es obsoleta y poco útil si la tomamos por sí sola (§ 8); pues únicamente se hace un juego de palabras y se deja de lado el análisis del conocimiento que se produce en el derecho<sup>1</sup>. Por otro lado, todo indica que ésta es una preocupación exclusiva de quienes se encuentran dentro del *derecho romano-germano*, pues no ocurre lo mismo en el *common law*. Esto se debe a que en el segundo sistema mencionado, la actividad del jurista está bien vista, mientras que en el primero no ocurre lo mismo, de ahí que “la auténtica raíz del problema es la falta de prestigio social de los juristas y de la labor técnica que desarrollan, carencia que se pretende superar usufructuando el rótulo de ‘científico’” (Atienza 1999, 252; de similar opinión son Haba 1999 y Curtis 1999)<sup>2</sup>.

§ 2. Existen dos grandes posturas sobre la cientificidad del derecho. Por un lado están quienes sostienen que el derecho es ciencia (Dilthey 1883, Kelsen 1960,

---

<sup>1</sup> Nino también se da cuenta de esto, por lo que trata de hacer algo diferente, con similares características de lo hecho acá. Él trata de ir más allá del juego de palabras y averiguar “si las teorías jurídicas cumplen un papel que tiene cierta analogía con el de las teorías de la física, la biología, etcétera” (1989, 70). Desafortunadamente, su analogía la hace teniendo en cuenta la parte más fácil y genérica de la deducción popperiana, además de no tomar en cuenta que Popper no diferencia entre ciencia y técnica. Por otro lado, Nino analiza el *bien jurídico protegido*, teoría que no pertenece a la ciencia del derecho sino que es parte de la filosofía del derecho (§ 61). Finalmente, cae en el mismo error que todos y llega a afirmar que “si la jurisprudencia es o no ciencia es una disputa meramente verbal que no puede resolverse” (Nino 1989, 114). Pese a esto, se da cuenta del carácter normativo de la dogmática y la incluye en las “ciencias normativas” (§ 47).

<sup>2</sup> Se sigue el estilo de escritos y el método de citación de Turubian (2007).

Del Vecchio 1980, Carneluti 2003, Zaffaroni 1987, Alchourron y Bulygin 1993, Nino 1989, Tamayo y Salmorán 1986, Alzamora Valdez 1965, Reale 1984, Palomino Manchego 1999, Torres Vásquez 1999, Pérez Luño 1999, Ost 1999, García Belaunde 1982, Recaséns Siches 1993, Bernasconi Ramírez 2007, Massini Correas s/a). Ellos **lo hacen fundamentalmente creando un artificio entre derecho y ciencia del derecho**. Es decir, consideran que el derecho (entendido como norma jurídica) tiene una ciencia que lo estudia: la ciencia del derecho. Esta división tiene la virtud fundamental de separar a las normas jurídicas por un lado y el conocimiento sobre esas normas por el otro, pero cae en el error que se indicará en § 44 al § 47. La otra postura considera que el derecho no es ciencia (Kirchmann 1848, Haba 1999, Courtis 1999, Atienza 1999, Bunge 1999a, Quintanilla 2005)<sup>3</sup>. Dentro de ellos, Kirchmann y Atienza (Haba y Courtis son sus seguidores) sostienen esto basándose en que la *ciencia del derecho* no es más que retórica, que depende de la voluntad del legislador y es tan volátil como ésta. Por otra parte, Bunge y Quintanilla no distinguen entre la ciencia del derecho y el derecho, y se basan ya no en la ciencia del derecho sino en lo que se hace en el derecho y/o en lo que busca el derecho<sup>4</sup>, de modo tal que ellos se refieren a las normas jurídicas y no a la ciencia del derecho, de ahí que para Bunge el derecho sea una sociotécnica y para Quintanilla un artefacto.

---

<sup>3</sup> Menciono arriba a los autores cuyas obras he consultado de forma directa (o sus traducciones), no obstante existen otros autores de los cuales he tenido referencia de segunda mano (por los motivos indicados en el § 8) y que sería bueno mencionarlos. Nos basaremos en el artículo de Massini Correas (s/a) para mencionar que Levi Strauss y Hans Albert se encuentran entre quienes sostienen que el derecho no es ciencia, y lo hacen porque consideran al conocimiento del derecho como dogmática (tomada en el sentido de § 11 o del § 40). Entre quienes consideran que el derecho es ciencia se encuentran: Bobbio, Karl Larex, Arthur Kauffmann, Francesco Viola y Giuseppe Zaccaria; defienden su postura basándose en la hermenéutica pura (Bobbio) o en la contemporánea (los restantes), ver h 29 y 29a para percibir la diferencia entre estos dos tipos de hermenéutica.

<sup>4</sup> La diferencia entre derecho y ciencia del derecho se aborda en el § 11 y § 13.

Sin embargo, ninguna de estas dos posturas profundiza en el conocimiento que se produce al interior del derecho (a nivel de teoría, ver § 13 y § 48), para determinar si es o no ciencia (con excepción de Nino, con las falencias indicadas en la h 1). Menos aún, no toman en cuenta (con excepción de Bunge y Atienza, pero de una forma distinta a la postura acá planteada § 44) la división epistemológica que ubica en el *ámbito científico* a los niveles teórico y técnico; es decir, que el nivel científico está constituido por la ciencia propiamente y por la técnica<sup>5</sup> (ver Piscoya Hermoza 1974; Bunge 2003).

§ 3. En ese sentido, y tomando a la epistemología<sup>6</sup> como orientadora, cabe preguntarse ¿cuál es la naturaleza epistemológica del derecho dentro del ámbito científico?<sup>7</sup>

§ 4. Para averiguarlo será necesario conjeturar que la *naturaleza epistemológica del derecho dentro del ámbito científico* se la puede conocer si se toma en cuenta que

---

<sup>5</sup> Cuando se diferencia entre técnica y tecnología se lo hace de género-especie, las técnicas son todo un hacer práctico con ciertos fines, mientras que la tecnología es un hacer con base científica. En este documento se dirá técnica en sentido amplio pudiendo referirnos a la tecnología cuando el contexto así lo determine.

<sup>6</sup> La epistemología también puede ser llamada (no sin discusión) *teoría del conocimiento*, *filosofía de la ciencia*, y antiguamente *gnoseología* (Bunge 1982, 13-14; Alvarado 2005, 28-31; Gardella 1993, 420). La epistemología se ocupa del estudio del conocimiento, en especial del científico, de ahí que **una de sus problemáticas sea las semejanzas y diferencias entre el conocimiento común, el científico y el tecnológico** (Bunge 2007a, 62). También se puede decir que se ocupa de un análisis crítico del conocimiento producido principalmente en el ámbito científico (Popper 2004, 19; Mosterín 2002, 22; Russell s/f, 95).

<sup>7</sup> Para comprender el verdadero significado de esta pregunta véase § 13. También es oportuno señalar que la presente tesis fue inspirada en gran parte por la tesis doctoral del Dr. Luis Piscoya Hermoza, titulada *Discusión de la naturaleza epistémica de las formulaciones pedagógicas*, la cual fue publicada parcialmente con el nombre *Sobre la naturaleza de la pedagogía* (1974), y fue ésta la obra consultada.

existen dos tipos de teorías: científicas y técnicas<sup>8</sup>. Luego, la naturaleza epistemológica del derecho estará en función de las teorías que posee.

§ 5. Así pues, como tengo el objetivo de *determinar la naturaleza epistemológica del derecho*, analizaré el tipo de conocimiento que se produce en la llamada ciencia del derecho, es decir en las teorías jurídicas (§ 48), por lo cual esta investigación será metateórica, en ese sentido se puede utilizar “cualquier herramienta que pueda parecer promisorio para conseguir exactitud, unidad y claridad” (Bunge 2008, 27). Los gráficos serán de gran ayuda para lograr esto.

El procedimiento general de trabajo será el siguiente:

**Primero.** *Ubicaré a la ciencia del derecho como parte del derecho*, y la aislaré para poder hacer únicamente un estudio de sus teorías jurídicas.

**Segundo.** *Analizaré a dos teorías jurídicas* con el fin de saber qué tipo de información contienen.

---

<sup>8</sup> Desde Sócrates notamos que se discute la definición de ciencia como dinámica o estática (Platón s/f [Crátilo 412a y 437a]). Actualmente sabemos que a la ciencia se la puede conceptualizar de ambas formas. No obstante, como en la primera forma es difícil de distinguirla de otras disciplinas, en especial de la técnica (§ 32), para diferenciarla he optado por utilizar la concepción estática de ciencia, de ahí que conciba a la ciencia como **una forma de conocimiento contrastable que se expresa mediante teorías** (Popper 2004, 57). Esto quiere decir que una disciplina es considerada como científica si tiene “un núcleo duro o modelo estándar que contiene una serie de teorías y resultados bien establecidos, mutuamente consistentes y contrastados empíricamente de alguna manera” (Mosterín 2002, 76). Preferentemente en la Física, Química y Biología se habla de leyes científicas cuando se refiere a las proposiciones que conforman las teorías científicas. Ahora bien, por extensión también se hace lo propio en la economía, sociología y psicología. Estas leyes científicas, en las áreas más desarrolladas del conocimiento se expresan en lenguaje matemático y cumplen la función de explicar y predecir el curso de los eventos (Piscoya Hermoza 2007, 145). En ese sentido la ciencia responde únicamente al “deseo de adquirir un conocimiento cada vez más amplio y una comprensión cada vez más profunda del mundo en que vive” (Hempel 2002, 15). Lo último, es lo que diferencia fundamentalmente a la ciencia de la técnica (§ 63 - § 66), dicho de modo coloquial se puede expresar diciendo que “a los grandes científicos les importa un bledo las aplicaciones tecnológicas y todo ese tipo de cosas” (Mosterín 2006, 282). Es bueno indicar que existe otra forma de concebir a la ciencia, que no será considerada en esta tesis (§ 29a).

**Tercero.** *Diferenciaré entre conocimiento científico y conocimiento técnico,* en función de sus teorías.

**Cuarto.** Finalmente *podré determinar la naturaleza epistemológica del derecho en función de las teorías que posee,* pues, de ser posible, se encajará las teorías del derecho dentro de alguna de las dos teorías indicadas.

§ 6. Luego de lograr todo lo anterior, se puede decir que esta tesis será relevante por cuanto:

1. Cubrirá un vacío existente sobre la científicidad del derecho, pues no he logrado encontrar un tratamiento epistemológico de las teorías del derecho que nos permitan averiguar el lugar que ocupa en el ámbito científico (§ 49-§ 62, § 82-§ 95).
2. Hacer lo anterior, a su vez, permitirá tener una mejor comprensión de las bases científicas del derecho, lo que ayudará a dejar de lado concepciones erradas y permitirá ubicar al derecho en su lugar preciso dentro del conocimiento (§ 63-§ 95).
3. A su vez, el punto anterior traerá como consecuencia que se conozcan las relaciones que tiene el derecho con otras disciplinas y, permitirá que se les acepte como disciplinas que contribuyen a estudios jurídicos sin confundirse entre sí. De ese modo los estudios del jurista pasarían a ser más completos y útiles para la sociedad de la que forman parte (§ 9-§ 43, § 85). Este punto, unido al punto 5, será el aporte de utilidad pragmática inmediata más alta que se le pueda detectar a esta tesis.
4. También permitirá separar y distinguir entre lo que he llamado ciencia del derecho tradicional y la ciencia del derecho en sí (§ 44-§ 48).

5. Nos dará a conocer la forma correcta para elaborar un proyecto de Ley y los límites del jurista en esta labor (§ 83-§ 84).

§ 7. Es bueno aclarar que esta investigación se hizo, en el aspecto doctrinario filosófico, dentro del derecho romano-germano, aunque también tuve en cuenta el aporte filosófico de algunos pensadores del *common law*, y uno del derecho marxista. Esta tesis se centra en el análisis de teorías jurídicas (Teoría General del Delito y Teoría del Acto Jurídico) bajo una visión epistemológica para cumplir el objetivo propuesto, y no va más allá de eso, por lo cual no se analizan normas jurídicas.

§ 8. Finalmente, es oportuno especificar que esta tesis lograría un aporte más significativo si dominase los idiomas inglés, alemán, francés e italiano, pues el conocimiento usualmente se origina en alguno de los idiomas anteriormente indicados, lo cual hubiera permitido estar al día en el debate actual del problema planteado; así mismo, dominar los idiomas griego y latín me habría servido para lograr acceder a la literatura clásica en su idioma original. Sin embargo, me serviría de poco pues en nuestro medio la literatura es escasa en nuestro idioma (o se encuentra muy bien escondida por sus dueños) y casi inexistente en los otros. Aunado a las dificultades anteriores debo indicar que en mi caso no he tenido una financiación económica adecuada que me permita conseguirlos o consultarlos en otros lugares.

## CAPÍTULO 2.

# LA RELACIÓN ENTRE LA CIENCIA DEL DERECHO Y EL DERECHO

«Parece que no ves que las palabras son rótulos que se adhieren a las cosas, no son las cosas, nunca sabrás cómo son las cosas, ni siquiera qué nombres son en realidad los suyos, porque los nombres que les das no son nada más que eso, el nombre que le has dado»

José Saramago

§ 9. La noción de derecho que presento acá (§ 16) no sólo permitirá unir diversos puntos de vista que se han sostenido a lo largo de la historia sobre el derecho<sup>9</sup>, sino que además permitirá huir de las definiciones que son esencialistas y, a su vez, permitirá hacer un estudio epistemológico de él.

§ 10. No se puede hacer un estudio epistemológico del derecho basándonos únicamente en las normas jurídicas, por más que éstas sean el referente más importante de la ciencia del derecho. La epistemología (§ 6) no se ocupa de los referentes de una ciencia sino de lo que nos dicen de esos referentes las teorías de dichas cien-

---

<sup>9</sup> Mi noción de derecho parte de la noción dada por la Antropología (Silva Santisteban 2000) y la Historia (Basadre 1999, 28). Lo hice porque lo que pretenden dar a conocer estas ciencias es la forma como el derecho se presenta, y **no lo que es**, adoptaré por tanto la postura de Sócrates en el Crátilo (Platón s/a). Estas nociones permiten tener una *conceptualización del derecho en la realidad*. Por lo cual permiten escapar de las clásicas definiciones esencialistas de Kant y Hegel que oscurecen cualquier pretensión de explicar qué es el derecho (dicho sea de paso, **no pretendo hacer eso sino sólo decir cómo se presenta; es decir determinar en dónde está**).

Pese a todo, una definición de derecho que reúne elementos *realistas* como *esencialistas* que será muy útil es la siguiente: “se designa como derecho un conjunto de obligaciones que afectan la vida social, al que se la han confiado la tarea de proporcionar, estabilizar, descargar y orientar unos espacios de libertad, cuya posición y contenido los ve como obligatorios un círculo determinado de personas, y cuya imposición se asegura en definitiva mediante un procedimiento organizado y mediante determinadas instituciones” (Brieskorn 1993, 38-39). Se notan una serie de características que tendré en cuenta para describir cómo se presenta el derecho, éstas las puedo dividir a grandes rasgos en la noción formal de Kelsen (1960), la actividad jurídica de Bunge (1999, 383-409), a las que añadiré el dinamismo del derecho (es decir que se construye en la medida en que se utiliza) sostenido por De Trazegnies (2000) combinada, en cierta medida, con el *orden espontáneo* de Hayek (en Santanatoglia 2006). Sin embargo, reconozco que la forma que presento del derecho (Gráfico 1) se puede percibir, aunque no tan claramente, no sólo en los autores citados sino en muchos otros.

cias, por ejemplo, la epistemología no trata de microbios sino de los microbios insertos dentro de la teoría de los gérmenes patógenos.

§ 11. Cuando en los estudios sobre la cientificidad del derecho (§ 2) se diferencia entre *ciencia del derecho* y derecho, lo que se quiere decir es que el referente<sup>10</sup> de la ciencia del derecho es el *derecho* (tomado como sinónimo de norma jurídica), o dicho de otro modo, la *ciencia del derecho* estudia *el hecho* norma jurídica (o ley)<sup>11</sup>, comparto esta postura con ligeras variantes que expondré luego (§ 40, § 48 y § 58-§ 60).

§ 12. Esta ubicación del referente de la ciencia del derecho, permite dejar de lado errores como los que afirman que la *ciencia del derecho* es la *sociología jurídica*, la *antropología jurídica* o la *historia del derecho*. Lo errado de esta afirmación está en que establecería a la *ciencia del derecho* no como una disciplina sino como un conjunto de disciplinas, y no se considera que éstas y otras disciplinas se ocupan del derecho con fines propios y métodos propios de cada una de ellas (§ 30 y § 34). Por lo cual se transforman en una especialización o ramas de sus ciencias, mas no en *ciencia del derecho* propiamente dicha (§ 37 y h 26), aunque **útiles e indispensables para el derecho**<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Del hecho de que "todos los predicados, proposiciones y teorías tienen como asunto (se refieren a) algo, ya sea concreto o abstracto" (Bunge 1998, 156), podemos sostener que un referente será "aquello a que se refiere un constructo; aquello sobre que éste trata. Un miembro de la clase de referencia de un constructo" (Bunge 2007a, 183). Por lo que, "el concepto semántico de referencia surge cuando se pregunta acerca de qué trata un enunciado" (Bunge 2008, 50).

<sup>11</sup> Es oportuno aclarar que "la ley jurídica no tiene nada que ver con las leyes científico-naturales. En realidad la ley jurídica no es propiamente una ley (regularidad) sino *norma o regla*" (Quintanilla 1991, 150). Sin embargo, en el ámbito jurídico, hay que tener en cuenta que "una cosa es el texto de un artículo: otra cosa el significado de ese artículo. Así, hay artículos que no contienen norma alguna, porque no prescriben nada sino que, por ejemplo, definen un término que va a ser usado en otros artículos. Hay, por supuesto, artículos que contienen diversas normas (o si se quiere una norma compleja en la que se prohíben ciertas acciones, se permiten otras, etc.). Y hay normas que vendrían a ser el resultado de la combinación de diversos artículos. Así es que, lamentablemente, no es cierto que en una ley existan tantas normas como artículos" (Atienza y, Ruiz Manero 1996, 11).

<sup>12</sup> Actualmente es común que se unan varias disciplinas para lograr un mejor estudio de la realidad, pero eso no significa que cada disciplina pierda su naturaleza propia, lo que puede su-

§ 13. No debe caerse en el error de pensar que son la misma cosa el derecho y la ciencia del derecho, como lo hace Fernández Sessarego (2006, 122). Tampoco se los tiene que diferenciar de una forma tajante como lo hacen otros (§ 2). El punto clave en esto es reconocer que el término derecho es un concepto genérico que engloba varios componentes dentro de él. Por lo cual es posible utilizar estos términos gracias a la *sinécdoque*<sup>13</sup> que permite referirse al todo por una de sus partes y viceversa. Este tropo explica la inmensa cantidad de sinónimos que tiene el derecho (§ 19). Por lo tanto, cuando uso el término derecho en la pregunta que guía esta investigación y en el título de esta tesis, me refiero a una la parte del derecho: a la *ciencia del derecho*.

§ 14. La sinécdoque permite sostener que  $x = A \Leftrightarrow x \in A$ . Esta fórmula también permite emplear el todo por la parte no sólo con un nombre A sino también con otro B, siempre y cuando se cumpla que  $A \cap B \neq \emptyset$ , es decir que si tenemos dos conjuntos cuya intersección no sea vacía podemos usar el nombre de la parte común ya sea para un conjunto u otro. Veamos, si tenemos los conjuntos  $A = \{a, b, c, d\}$ , y  $B = \{x, d, s, t\}$ , de donde nos damos cuenta que  $A \cap B = d$ , entonces es válido decir que  $d = A$  y/o que  $d = B$ , por cuanto  $d$  pertenece a A y B. Esto es muy importante para saber si es adecuado referirse al derecho como ciencia (§ 48) y para aislar a la *ciencia del derecho* propiamente dicha (§ 26).

---

ceder es que se coloque un nombre para identificar a la disciplina que recoge a varias, por ejemplo: “Las ciencias cognitivas, dedicadas al estudio de la mente y la inteligencia desde un punto de vista interdisciplinario, son fruto de la confluencia entre la filosofía, la psicología, la inteligencia artificial, la neurociencia, la lingüística y la antropología” (Thagard 2008, 11). En el caso del derecho, como se verá (§ 53, § 56, § 83-§ 86), necesita de otras disciplinas pero la *ciencia del derecho* no se convierte en ellas (§ 26), sino que las toma para que sus teorías tengan una mayor solidez (§ 92-§ 93).

<sup>13</sup> Existe una figura de la retórica llamada *tropo*, que consiste en emplear “palabras en sentido distinto del que propiamente les corresponde, pero que tiene con este alguna conexión, correspondencia o semejanza” (DRAE 22ed. s.v.). El *tropo* comprende a la metonimia, la metáfora y la *sinécdoque*; esta última “consiste en extender, restringir o alterar de algún modo la significación de las palabras, para designar un todo con el nombre de una de sus partes, o viceversa; un género con el de una especie, o al contrario; una cosa con el de la materia de que está formada, etc.” (DRAE 22ed. s.v.).

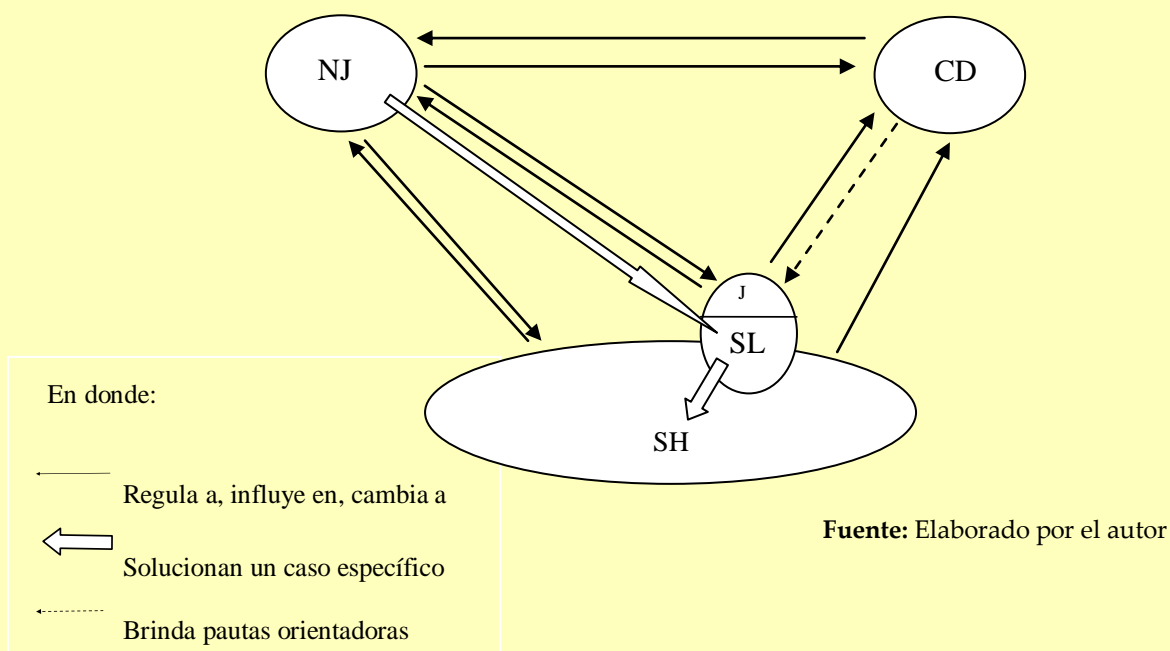
## Derecho

§ 15. El derecho se presenta como un concepto genérico que no debe concebirse únicamente como un conjunto de normas. Las normas jurídicas son un componente importante del derecho pero por sí solas no bastan para explicarlo. Esas normas surgen de y regulan a una determinada sociedad. Así pues, esas normas, cuando son necesarias, son aplicadas a un caso concreto con la finalidad de encontrarle solución, de modo tal que siga existiendo el orden social. Pero muchas decisiones que se toman para crear normas o para solucionar un caso específico parten de los estudios realizados por muchos juristas, es decir, la ciencia del derecho también pertenece al derecho y debiera ser un componente fundamental de éste.

§ 16. En ese sentido, una conceptualización adecuada del derecho dirá que *está* presente en un flujo constante de actividades dentro de una sociedad. Este conjunto de actividades en donde *está* el derecho tienen como fin regular una sociedad incluso a través de la fuerza, para tal propósito, existen normas y un cuerpo de conocimientos propios, de los cuales harán uso, de modo pertinente, los encargados de hacer cumplir las normas, para ello utilizan otras normas.

§ 17. En efecto, sostengo que no se puede hablar de derecho (no me estoy refiriendo a lo que se llama *derecho internacional*, por cuanto aún se encuentra en desarrollo y su estudio podría formar parte de una investigación independiente) sin tener en cuenta cada uno de estos cuatro elementos: ① Normas Jurídicas (NJ), ② Sociedad Humana (SH) en donde se presentan dichas normas, ③ Sistema Legal (SL) que es el encargado de utilizarlas en algún caso, y ④ La Ciencia del Derecho (CD). El derecho se encuentra presente de un modo dinámico, del modo como se ve en el gráfico 1.

Gráfico 1: Visión dinámica del derecho



§ 18. Es pertinente indicar que el gráfico sólo separa tres elementos claves del mundo jurídico: NJ, CD y SL. La SH se presenta como el marco dentro del cual se desenvuelven sus tres componentes, esto lo notamos si imaginamos ver el gráfico desde la parte superior, se verá un círculo grande que contiene tres círculos pequeños<sup>14</sup>.

Puede verse que este sería un enfoque que se puede llamar más o menos sistémico (Bunge 2007a, 196-197; 1999, 299-304). En ese sentido tendré que determinar su composición ( $\mathcal{C}$ ), su entorno ( $\mathcal{E}$ ), su estructura ( $\mathcal{S}$ ) y su mecanismo ( $\mathcal{M}$ ).

$\mathcal{C}$  = el conjunto de sus componentes: {NJ, CD, SL}

<sup>14</sup> Únicamente coloqué a las NJ y a la CD en la parte superior por tratarse de componentes *inmateriales*, serían un componente especial del mundo 3 popperiano (§ 64). El SL es diferente y se encuentra sobresaliendo a la SH, porque, si bien es cierto, forma parte de la SH, también es una parte especializada de ella (§ 31-§ 33), además de que una parte importante de este SL escapa de este mundo material, pues la jurisprudencia (§ 35) pertenece más a lo *inmaterial* que a lo material.

$\mathcal{E}$  = el conjunto de las cosas que no son sus componentes y que actúan sobre el sistema o son influidos por ellos: {SH}

$\mathcal{S}$  = el conjunto de las relaciones, conexiones o enlaces entre los componentes y el entorno: las flechas del grafico dan a conocer estas relaciones.

$\mathcal{M}$  = los procesos internos que hacen funcionar al sistema. Esto no está explorado del todo en esta tesis<sup>15</sup>, pero se hace un intento en el § 19.

§ 19. El flujo constante entre estos cuatro elementos se realiza del siguiente modo: las flechas finas nos indican que las NJ influyen y pueden cambiar a la SH (§ 23, § 30 y § 83), pero también ocurre a la inversa (§ 23 y § 30). Estas NJ son estudiadas por la CD, por lo que, cuando cambia algo dentro de las NJ esto obliga a un cambio en la CD y puede ocurrir a la inversa (§ 42). Pero la CD también se ve obligada a cambiar si percibe algún cambio en la SH (§ 59, § 60 y § 86), esto no ocurre a la inversa, la CD es capaz de influir en la SH únicamente mediante las NJ y del SL, por eso no existe ninguna flecha que parta de la CD y aterrice en la SH. Como se sabe, el SL no está obligado a hacer

---

<sup>15</sup> Para conocer cómo se origina el derecho dentro de una sociedad, debemos considerar la pregunta que le hace Rejsner a Stuchka: “de qué modo las relaciones sociales se transforman en instituciones jurídicas o bien de qué modo el derecho se convierte en lo que es” (Pashuskanis 1976, 69). Esta pregunta ha sido respondida de forma objetiva por Pashuskanis, Kelsen y Hayek, mientras que una respuesta subjetiva y metafísica la da Tantaleán Odar. El primero considera que las relaciones jurídicas son producto de relaciones de poseedores de mercaderías (Pashuskanis 1976, 74), y el segundo no se preocupa por encontrar su origen ni el *mecanismo* sino únicamente acepta que “las relaciones jurídicas son aquellas que están determinadas o constituidas por un orden normativo específico” (Kelsen 1958, 133). Para Tantaleán Odar (2009) el origen del derecho es el intelecto humano, y es este intelecto el que le da la *esencia* (mediante el intelecto agente con el Primer Motor: Dios) y *existencia* (mediante el intelecto paciente gracias a la Razón).

Sin embargo, ninguna de sus respuestas son satisfactorias, son como el *orden espontáneo* de Hayek (§ 19), pues ninguna da una explicación científica de este fenómeno (§ 67-§ 69). Ahora bien, un estudio de esta naturaleza le compete más a una combinación de historiadores, antropólogos, economistas y sociólogos; es decir que es un estudio que escapa al campo del jurista, pero no de los filósofos del derecho que han tratado de darle solución, aunque de un modo no satisfactorio, como se vio. Lo mismo sucede cuando se quiere averiguar el *mecanismo* del derecho, considero que ese estudio le corresponde más a la *Ciencia Política* y a la filosofía, de ahí que tampoco haya profundizado en eso.

uso de la CD, esto lo indica la flecha con líneas punteadas, pero las sentencias pueden contener varias de las nociones de la CD y en ocasiones ir más allá de ellas, de modo tal que el SL sí puede cambiar a la CD (§ 35, § 39 y § 53). Ahora bien, parte de las NJ son empleadas por el SL para resolver un caso concreto de litigio en la SH (§ 31 y § 34), esto lo indica la flecha gruesa en el gráfico.

## Normas Jurídicas (NJ)

§ 20. Dentro de todos los tipos de normas que pudieran existir, lo que diferencia fundamentalmente a las NJ del resto de normas es que se presentan dentro de un ordenamiento como *un sistema de normas* de carácter coercitivo (§ 11), entendido éste como su obligatoriedad o, en caso contrario, al no ser tomadas en cuenta o incumplidas, *pudieran* ocasionar el otorgamiento de una sanción respectiva por el órgano estatal competente.

§ 21. Las NJ no existen por sí solas ni son independientes de un contenido de valores.

Las NJ son construcciones humanas y dependen de lo que ellos hagan para que se cumpla lo establecido en el texto legal (§ 18). Una NJ por sí sola es incapaz de hacer que se cumpla la sanción que establece, necesita de un sistema (SL) para hacerlo.

Las NJ, al ser un producto humano que lo regula, llevan consigo algún ideal de justicia que pretenden alcanzar<sup>16</sup>. Kelsen también admitía que “la norma considera-

---

<sup>16</sup> Comparto la idea popperiana (2006, 104) de justicia estatal, la cual consistiría en: (a) limitar únicamente la libertad individual cuando sea necesaria para la vida social, (b) tratar por igual a los ciudadanos ante la ley, siempre que (c) las leyes no favorezcan ni perjudiquen a individuos o a grupos de clases, (d) imparcialidad de los tribunales judiciales, y (e) participación igual en las ventajas (y no sólo en las cargas) que puede representar para el ciudadano su carácter de miembro del Estado.

da objetivamente válida funciona como patrón valorativo del comportamiento fáctico” (1960, 30). Por lo cual las NJ no son neutras ni son distintas a (o que no llevan consigo) valores, esto también las libra de confundir el “derecho con el régimen de un gánster” (Nino 1989, 20)<sup>17</sup>. Por eso, “cuando la ley reprime actos que la opinión considera inofensivos, es ella la que nos indigna, no el acto que castiga” (Durkheim 2004, 412); de ahí que sea importante que las NJ deban ajustarse a ciertos principios, de los que se ocupa la filosofía del derecho (§ 61).

§ 22. Las NJ forman parte del derecho mas no son el derecho en sí. Son la expresión del derecho que regula una determinada sociedad. Las normas surgen en ella con la finalidad de regular algunos de sus aspectos. Esto significa que las NJ nacen en una sociedad para regular algunas conductas de los individuos que la conforman, influyendo o incluso cambiando conductas que causan su deterioro<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Aunque Kelsen puede tener razón al sostener que “las normas establecidas por los hombres, y no por una autoridad sobre humana, constituyen sólo valores relativos” (1960, 31). Y atribuye la validez y la diferencia entre una NJ con las órdenes de los maleantes, al hecho de que la primera tiene que derivar de una norma fundante (Constitución) con lo cual pertenece a un sistema de normas, y que justamente a la CD lo único que le interesa es describir a estas normas tal cual las da el legislador, de ahí que considere que en la CD “esa descripción se cumple sin referencia a ningún valor metajurídico, y sin ninguna aprobación o desaprobación emotiva” (1960, 94). Debemos observar que si esto es así, el jurista se constituiría sólo en boca de la ley y en el mejor de los casos en intérprete de ésta (§ 40 - § 44). Pero no debemos olvidar que ya Cicerón (s/a, 41 - 42) se preguntaba si el robo y el adulterio llegarían a ser cosas justas únicamente porque el legislador las declarase como tales. A lo cual Kelsen contestaría diciendo que “un orden jurídico puede ser juzgado como injusto según determinada pauta de justicia. Pero el hecho de que el contenido de un orden coactivo eficaz sea juzgado como injusto, no constituye en todo caso fundamento para no aceptar ese orden coactivo como un orden jurídico” (1960, 62). Esto es justamente lo central de su *teoría pura*; es decir, el derecho es norma y como tal no interesa nada más que su validez, por eso, el jurista sólo debe ocuparse de interpretar la NJ tal cual, sin preocuparse por criterios de justicia. Kelsen asume esta postura porque se da cuenta que una disciplina, para que sea ciencia debe cumplir con ciertas características, así que quiere hacer que la CD (no el derecho) tenga un contenido puro, que no sea influida ni por valores ni por la moral (§ 65 y § 66), de modo tal que no se cuestione a la NJ sino que sólo se la interprete.

<sup>18</sup> Sin embargo, es bueno decir que aunque esa sea la finalidad del derecho, no siempre lo logra, de esto ya se da cuenta, tres siglos antes de nuestra era, Licofrón, quien manifiesta que la ley debe funcionar como garantía, aunque también es realista y sabe “que deja de ser capaz de hacer a los ciudadanos buenos y justos” (*apud* Aristóteles 1951, 84 [*Política* 1280b]). Sobre la eficiencia de un orden jurídico ¶ 44.

Por ello comparto la idea de que las normas se refieren a la conducta humana (§ 33) cuando se relaciona con otras conductas humanas (§ 29) y giran en torno a ellas. No son una construcción artificial sin ningún vínculo con la realidad. No pertenecen al ámbito formal sino real.

§ 23. Así pues, mediante las NJ se pretende regular, influir, o cambiar a los miembros de una sociedad (§ 83); pero al mismo tiempo la sociedad también puede hacer lo mismo con las normas. Los hechos que se producen al interior de las sociedades son fundamentales para ver la dirección que toman las NJ. Por ejemplo (§ 30), cincuenta años atrás hubiera sido impensable hablar de regular los matrimonios homosexuales, hoy ya aparecen regulados en varias legislaciones del mundo<sup>19</sup>.

§ 24. Para que las normas sean creadas o modificadas, en los Estados modernos, deben pasar por un filtro previo y dependerán del tipo de NJ que sean.

§ 25. Cuando las NJ no necesitan pasar por ningún filtro constituido previamente con ese fin, será porque se instala una nueva visión normativa, como lo que sucedió luego de la Revolución Francesa o lo que sucede luego de la Independencia de algún Estado<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Es oportuno señalar que Ulpiano decía que “el Derecho no se forma con la suma de las normas positivas sino con los principios que son los que dan origen a las normas positivas” (De Trazegnies 2007, 160). Para Hayek, esto se debe (me refiero a la influencia de la SH en las NJ), a que el derecho es un *orden espontáneo* que precede a la legislación, un sistema abierto que construyen ciertos modos de resolución de conflictos, pues “los individuos asumen y aplican una serie de principios o reglas en sus relaciones jurídicas que no han sido creados deliberadamente ni incorporados conscientemente y que son pasibles de modificación” (Santanatoglia 2006).

<sup>20</sup> Un caso anómalo se presenta en las dictaduras, en donde sólo se tiene en cuenta la voluntad del dictador y en donde desaparecen, o se acomodan *hábilmente*, todos los principios del derecho. En realidad, no existe propiamente un derecho sino únicamente la voluntad del dictador, quien usualmente hace su propia Constitución y la interpreta a su antojo para mantenerse en el poder.

## Sociedad Humana (SH)

§ 26. Una sociedad es un conjunto de individuos de la misma especie, que ocupan el mismo territorio y se mantienen unidos por vínculos de algún tipo, pues dependen unos de otros para su supervivencia y bienestar (Harris 1998, 142). Una SH se caracteriza por ser “una estructura social compuesta por vínculos artificiales, sean económicos, políticos o culturales” (Bunge 2007a, 201).

§ 27. En la evolución de la SH fue apareciendo y perfeccionándose el derecho con el fin de resolver conflictos entre sus individuos. En las sociedades primitivas (o en las bandas y aldeas actuales como los *esquimales*, los *!Kung del Kalahari* [sic], los *aborígenes australianos*) no existe una distinción entre las personas que integran el SL (ver Harris 1998, 414). Tampoco se distingue claramente las NJ del resto de normas y, las construcciones de la CD son mínimas, si consideramos como parte de éstas a la tradición oral en donde se plasmen criterios de justicia<sup>21</sup>.

§ 28. Una forma de organizar políticamente la SH se llama Estado. A éste el individuo le otorga parte de su libertad para proteger el resto de ella. Por lo cual, el Estado lo que debe hacer es proteger “aquella libertad que no perjudica a los demás ciudadanos” (Popper 2006, 125)<sup>22</sup>. Para lograrlo hará uso de las NJ, y en caso de ser necesario se utilizará el SL.

---

<sup>21</sup> De hecho, la CD en sí, con similares características a lo que hoy se llama con ese nombre (§ 40), se origina en Roma, probablemente antes de la elaboración de la *Ley de las XII Tablas*, es decir antes de la mitad del siglo V a. C. (Ruiz Miguel 2002, 57-58).

<sup>22</sup> Entiendo por Estado a la “forma de sociedad políticamente centralizada cuyas élites gobernantes tienen el poder de obligar a sus subordinados a pagar impuestos, prestar servicios y obedecer leyes” (Harris 1998, 442), lo cual no excluye que se deba tomar en cuenta la afirmación del § 28.

§ 29. Manifesté que la SH puede regular, influir o cambiar las NJ (§ 21), es importante aclarar que se trata de una metáfora que pretende decir que los individuos de una SH pueden hacer eso. Esto también significa que lo que las NJ regulan, influyen o cambian no es a la SH, sino a los individuos que conforman dicha SH, o, para ser más específicos al referente de las NJ, es decir a la *conducta humana* en su relación con otra *conducta humana* (h 33).

§ 30. Un ejemplo de la interacción NJ – SH es la investigación de Hernando de Soto (2005). En *El otro sendero* podemos ver cómo las leyes funcionan como trabas que excluyen a ciertos grupos sociales:

pareciera que la falta de acceso a la protección y a las oportunidades que las instituciones legales deberían proveer, produce en la mayoría de los peruanos la sensación de que el sistema no es equitativo y que las instituciones discriminan en lugar de unir a la población [...] ellos quieren realizar las mismas actividades que los formales, pero como la legalidad se lo impide han tenido que inventar nuevas formas institucionales para sobrevivir al margen de ella (De Soto 2005, 316).

Este estudio ocasionó, aunque aún no satisfactoriamente, que parte de las NJ se modifiquen para lograr que este sector informal se inserte a la legalidad y obtenga mayores posibilidades de beneficios económicos. Así, gracias a los estudios del Instituto Libertad y el Proyecto de Ley presentado por ellos mismos, se pudo conseguir que se elimine varios procedimientos burocráticos mediante la Ley 25035, pero ni esta Ley ni la posterior 24777 por sí solas bastan (h 18). El mismo De Soto, dieciséis años después de la primera publicación de su trabajo se sigue preguntando: “¿Les ayudamos a crear el marco legal para lograr aquella meta por sí solos, o ignoraremos sus aspiraciones económicas, y, por omisión, le abriremos una oportunidad al terrorismo?” (De Soto 2005, 34).

## Sistema Legal (SL)

§ 31. Un sector altamente especializado de la actual SH (§ 26) es el SL. El SL está constituido por los encargados de resolver un caso específico. Ellos pueden resolver un litigio, mediante un proceso, en donde el Estado “ejercitando la función jurisdiccional, declara, asegura y realiza el derecho” (Carlos 1993, 292). La forma de hacerlo también se encuentra regulada por normas; esta parte del derecho se llama *derecho procesal*<sup>23</sup>.

§ 32. El SL actual está conformado por jueces, fiscales, abogados, peritos, policías, etc. Se entiende que también conforman el SL las personas que dentro de la costumbre de una determinada sociedad se les otorga la facultad de resolver conflictos (§ 34).

§ 33. Se debe distinguir entre los profesionales del derecho (es decir todos aquellos que tengan la licenciatura de abogado y laboren en una de sus actividades) y los juristas (científicos del derecho). Los segundos no intervienen directamente en un caso específico, mientras que los primeros sí lo hacen; a no ser que, como suele suceder, un jurista no se dedique exclusivamente a sus investigaciones sino que también labore

---

<sup>23</sup> En derecho se distingue entre derecho sustantivo (o material o sustancial) y derecho adjetivo o instrumental (Torres Vásquez 1999, 363). Este último permite que “producido un quebrantamiento de las previsiones hipotéticas contenidas en la ley [derecho sustantivo], los fines de ésta se frustran y debe arbitrarse una solución que haga cesar el conflicto” (Couture 2007, 8). La rama que se ocupa de estudiar en general este *derecho procesal* se llama *teoría general del proceso*. Esta parte del derecho trata sobre las normas, conceptos y principios que intervienen en la *composición* de un conflicto por parte del órgano competente del Estado. En ese sentido, “ha de estudiar el litigio en general, así como las formas históricamente conocidas para resolverlo” (Ascencio Romero 2003, 13). Es decir, en primer lugar se ocupará de lo qué es el litigio y sus soluciones mediante la *autodefensa*, *autocomposición* y *heterocomposición*. Justamente es en este último modo de solucionar el litigio en donde se encuentra el proceso. Toda la construcción teórica que se hace en este campo tiene un fin práctico y de hecho todos sus conceptos, como los de *acción* y *jurisdicción*, tratan de un *hacer* que busca solucionar un conflicto específico. Por eso no existe mayor problema en considerar a la *teoría general del proceso* como parte de la técnica, pues no se preocupa por estudiar a la conducta humana como lo hacen las teorías analizadas aquí (§ 48), sino que se ocupa de interpretar conceptos para que cumplan de una forma más eficiente el fin propuesto por el Estado, es decir, de solucionar de una manera más *justa* un conflicto de intereses.

como profesional del derecho, pero en todo caso, el papel que desempeña al participar en la resolución de un caso específico no es como jurista sino como profesional del derecho.

§ 34. Ejemplos de la relación entre NJ – SL – SH, es la investigación de Pasco Dalla Porta (2008), en donde el SL está identificado como *justicia estatal* y como *justicia consuetudinaria*. Esta identificación de las decisiones del SL con la *justicia* es frecuente. En un trabajo anterior, Núñez Palomino (1996), estudió cómo interactúan estos dos tipos de *justicia*. Realizó su estudio en dos Comunidades Campesinas del sur del Perú y determinó que si bien es cierto, los comuneros conocen y consideran a las NJ y el SL *oficial*, ellos prefieren sus propias normas y sus propios procedimientos legales (SL *consuetudinario*). Cuando en un Estado conviven por lo menos dos tipos de NJ y SL, se habla de pluralismo jurídico, en donde las NJ *oficiales* deben de acoger al resto.

La interrelación entre estos tres elementos usualmente es muy bien empleada en las investigaciones de históricas (mejor dicho de historiografía)<sup>24</sup>, así por ejemplo,

---

<sup>24</sup> En la Historia, los documentos legales, las crónicas, los periódicos, etc., todos ellos constituyen las fuentes o datos de los que hará uso el historiador para “averiguar cómo y por qué un sistema o un proceso sociales dados emergieron o desaparecieron en tal momento y tal lugar, e incluso por qué no se produjeron ciertos acontecimientos imaginables” (Bunge 1999a, 315). Podría creerse que el *Tratado elemental de derecho romano* de Eugene Petit (1988) pertenece al derecho y no a la Historia, pero lo cierto es que este libro es un ejemplo de cómo la Historia, cuando se ocupa del derecho, tiene que estudiar a plenitud el gráfico 1. Esta afirmación se puede comprender mejor si leemos el sub título del libro: *desarrollo histórico y exposición general de los principios de la legislación romana desde el origen de Roma hasta el emperador Justiniano*. Esto significa que el derecho no puede entenderse únicamente si se toma en cuenta uno de los componentes indicados (§ 17), pero eso no significa que las teorías de la CD traten de la totalidad, las teorías de la *Historia del derecho* sí lo pueden hacer. Veamos, Petit crea la hipótesis sobre la formación del derecho romano, al hacerlo no puede omitir lo que ocurría en la SH; es más, toda su introducción (Petit 1988, 21-103) toma en cuenta la interrelación entre los cuatro componentes (§ 17), el resto de páginas Petit se centrará más en el estudio de las NJ – SL – CD. Esto se debe a que no puede ser *Historia del derecho* únicamente “los comentarios de un jurista al Código Civil peruano de 1852, aunque puedan servir como fuentes histórico-jurídicas” (Basadre 1999, 35). Lo que señala Basadre como fuente histórico-jurídica es lo que denominaré *ciencia del derecho tradicional* (§ 44). En conclusión, el libro de Petit forma parte de la *reconstrucción histórica de propiedades clave*, tal como la pueden hacer los historiadores económicos o los demógrafos (ver Bunge 1999a, 284), pero no es ciencia del derecho. Lo dicho para el libro de Petit también es de aplicación para el libro de Basadre *Historia del derecho peruano*.

el modo de adquirir *legalmente* la propiedad (formalizar el despojo de tierras por parte de los españoles) en los inicios de la colonia fue estudiada por Amado Gonzales (1998). El cambio de NJ y SL, en la SH de esa época fue estudiado por Guillermo Figallo, quien señala que el “Derecho indiano es el derecho incaico adecuado a la organización del coloniaje que se aplicó al continente” (1993, 58). Aún más, también indica que los “españoles admitieron con sentido práctico la organización social preexistente” (1993, 66).

Se dará cuenta que estos estudios (más el § 30) reafirman lo sostenido en el § 12, pues es perfectamente posible que varias disciplinas se ocupen de estudiar el derecho sin que sus estudios se constituyan en CD propiamente dicha (h 26). Sino que se trata de ramas de sus propias disciplinas como la Historia, la Antropología, la Sociología, etc.

## Jurisprudencia

§ 35. La jurisprudencia (J), la entenderé como *la plasmación material del modo en que fue resuelto un conflicto jurídico*. Por eso se dice que no son más que NJ particulares (Kelsen 1960, 103; Atienza 1999, 22), es la parte más resaltante del SL. Por cuanto le corresponde al *juez pensante*, mediante sentencias *motivadas*, decidir el significado y alcance de una NJ<sup>25</sup> incluso para cubrir vacíos, y lo hará no sólo teniendo en

---

<sup>25</sup> Hart manifiesta que “ni las leyes ni los precedentes en los que, según se pretende, están contenidas las reglas, permiten un único resultado” (1998, 15), en sentido similar, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, en 1962 dictaminó que “la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley... [pues] los jueces... no pueden prescindir de la búsqueda de la significación jurídica de las normas aplicables al caso... adecuada a su espíritu... ni a la admisión de soluciones notoriamente injustas” (*apud* Herrera 2006, 17). Aún más, si añadimos a esto que la actividad judicial es una actividad *interpretativa* y que no puede existir un análisis neutro de los conceptos jurídicos (es decir desvinculados de la sociedad en que toman forma), como lo manifiesta Dworkin (Marmor 2001), entonces podemos darnos cuenta de la decisiva labor que tienen los jueces en el derecho. Actualmente la forma en que los jueces aplican las NJ, y sus consecuencias tanto negativas, como positivas, viene siendo analizada por una parte del *Análisis económico del derecho* (ver Bullard Gonzales 2003, 51- 67), que no es más que una metodología de análisis que aplica los métodos de la *ciencia económica* al derecho, con la finalidad de predecir las conductas de los seres humanos de modo tal que se la regule de la mejor manera (Bullard Gonzales 2003, 41).

cuenta las NJ o los precedentes, sino que puede recurrir incluso a la Doctrina (h 27) y a la parte axiológica de la filosofía del derecho, por cuanto es en esta área donde encontramos a los principios generales del derecho (§ 61).

§ 36. Las sentencias *motivadas* debieran ser la justificación mediante razonamientos congruentes del veredicto al que llegó el juez (o el jurado) en un caso concreto. Es muy importante que el juez haga esto de una forma debida, es decir, deberá justificar su fallo “por medio de otros enunciados –o deducirlos lógicamente de ellos–: a saber, los enunciados del sistema legal, combinados con el veredicto [...]; y de ahí que sea posible apelar frente a un fallo, apoyándose en razones lógicas” (Popper 2004, 105). Este es un modo de trabajar racional que fundamentalmente es empleado por la ciencia, pero a la ciencia, para ser tal, no le basta únicamente con eso (§ 67 -§ 70).

### Ciencia del Derecho (CD)

§ 37. La CD también es llamada ciencia jurídica o dogmática jurídica<sup>26</sup>, y antiguamente fue llamada jurisprudencia. Bernasconi Ramírez (2007, 15) manifiesta que en el mundo anglosajón se prefiere el término *doctrine*, por lo cual también es

---

<sup>26</sup> Reale (1984) discrepa en no considerar a la dogmática jurídica como sinónimo de CD, porque le otorga a la dogmática características limitadas de no ver más allá de la obediencia a la norma (del modo señalado en el § 11 o del § 42). Para Reale la CD “estudia el fenómeno jurídico en todas sus manifestaciones y momentos” (1984, 235) por lo que la divide en varias disciplinas, con lo cual cae en el error indicado en el § 12. Veamos, podríamos considerar que al existir varias disciplinas que se encargan de estudiar al derecho, todas ellas serían *ciencias del derecho* (h 12). Esto puede ser correcto pero no hay que olvidar que cada disciplina es independiente (al menos conceptual y pedagógicamente) de la otra, además de ser ramas de sus propias disciplinas, por lo cual le pertenecen a ellas mas no al derecho (§ 12). Podríamos entonces definir a las *ciencias del derecho* como un conjunto de disciplinas que se encargan de conocer el fenómeno jurídico de modo inter e intradisciplinario. Sin embargo, todas ellas no son la CD propiamente dicha, ya que existe un tipo de conocimiento que es distinto a los otros y que no pertenece a ninguna otra disciplina sino que únicamente se encuentra dentro del derecho, y es ésta la que verdaderamente merece llamarse CD. Se puede utilizar lo establecido en el § 14 para ver lo acertado de esta afirmación.

válido referirse a la ciencia del derecho con los términos doctrina legal o doctrina jurídica, aunque Atienza (1999, 222) sólo menciona a la expresión *legal science* como el término usado en ese sistema.

§ 38. En el gráfico 1 se aprecia sólo a la CD, sin embargo, a su espalda está la filosofía del derecho (§ 61). La zona de la CD del gráfico 1 pertenece, en general, a lo que se puede llamar *derecho teórico*. Como veremos (§ 61 y § 91), la CD, como toda ciencia, tiene como soporte a la filosofía, además de ser el camino por el que ésta nos llega.

§ 39. Como puede verse en el gráfico 1, la ciencia del derecho también recibe un importante aporte del SL. Pues, a menudo las investigaciones suelen citar los documentos en donde se plasma la resolución del caso: las jurisprudencias y a la inversa (h 34).

§ 40. En el § 11 sostuve que compartía parcialmente la idea tradicional de entender la CD, es decir, como disciplina que se ocupa del estudio sistemático de la NJ, de ahí que se afirme que el derecho también estudie la “conducta humana pero sólo en la medida en que está determinada en las normas jurídicas como condición o efecto” (Kelsen 1960, 83). Esta postura coloca al científico del derecho unos lentes que le sirven de filtro al mirar la SH, y solamente le permite mirar aquellas conductas que sus lentes hechos con las NJ se lo permiten. Esto ocasiona que se lo limite tanto que ya no le permite ver otras cosas. El verdadero “científico del derecho” necesita quitarse esos lentes de vez en cuando para ver lo que se está produciendo en la SH y saber lo adecuado que resulta la NJ en una SH (§ 42, § 55, § 86). De modo tal que la SH (§ 26) tiene que ser determinante para influir o cambiar el conocimiento que se produce al interior de la ciencia del derecho.

§ 41. No debe creerse que con la afirmación anterior se transgrede lo afirmado en § 12, este punto se aclara en § 58-§ 60, § 86 y § 93. Por el momento sólo diré

que esto se debe a la naturaleza epistémica del derecho, pues el jurista no toma a la SH (§ 27) de forma pura, como haría un sociólogo o un antropólogo, tampoco toma a la conducta humana del modo en que lo haría un psicólogo, el jurista tiene otros fines (§ 58-§ 60, § 83-§ 86).

## **El método de la ciencia del derecho**

§ 42. Ahora bien, como se afirma que la CD es la que se ocupa del estudio sistemático de las leyes, con la finalidad de no salirnos de esta creencia consideraré que la CD tiene dos niveles (§ 44). El nivel más bajo, se dedica a hacer hermenéutica (o interpretación) de las leyes, jurisprudencias, e incluso de las hermenéuticas realizadas por otros juristas. Este modo de trabajar lo describe ya Cicerón cuando nos da a conocer que de una sola ley “nacen consecuencias innumerables, de las cuales están llenos los libros de los jurisconsultos” (s/a, 102). Kelsen, por su parte, creía que la interpretación era la única labor del científico del derecho (§ 17 y § 27). Esta postura fue trabajada de una mejor forma por Alchourron y Bulygin (1993), quienes se propusieron ampliar la postura kelsiana con la Lógica. Ellos lograron hacer una hermenéutica axiomatizada, pero hermenéutica al fin y al cabo (§ 29), que, según he visto, en derecho se llama dogmática, por cuanto, al ser las NJ precisamente normas; es decir, son textos que prescriben, la hermenéutica toma características propias. Así pues, a este modo de investigar se le ha llamado *método dogmático*, y puedo decir, por lo que se hace en las investigaciones jurídicas de este nivel (CDt), que consiste en esta sucesión de pasos:

(1) Se debe saber qué significa la parte del texto de la Ley (§ 11) a investigar.

Para lo cual se suele remontarse hasta Roma y reconstruir el camino hasta llegar al texto estudiado (§ 30).

- (2) Luego se procede a **imaginar** la totalidad posible de casos que puede resolver esta norma<sup>27</sup>, de tal manera que también se le pueda hallar sus límites, estos límites pueden ser teóricos o prácticos. Los límites teóricos de una NJ se producen cuando esta norma contradice, o bien otras NJ, o teorías jurídicas o principios del derecho; en cambio, son prácticos cuando existen casos que la NJ no puede resolver.
- (3) También se puede comparar a esta NJ de un determinado Estado con el tratamiento que recibe en otros Estados, con esto se complementa lo señalado en los dos puntos anteriores.
- (4) Lo indicado en el punto (2) traería como consecuencia detectar una norma que rompe con todo el sistema legal. O en su defecto, poder determinar los casos que escapan a lo establecido por la NJ, y por tanto, un vacío que permitiría la dación (o modificación) de la Ley.
- (5) Finalmente se presenta una nueva Ley (o se modifica la anterior) para permitir que se supere el efecto detectado (§ 82 - § 86).

Lo último no sería calificado por Kelsen como labor científica (sino como política jurídica)<sup>28</sup>, pero se hace hoy. La influencia de Kelsen se convierte actualmente

---

<sup>27</sup> Kelsen sostiene que una NJ no puede tener nunca un solo sentido: *el sentido correcto*, de ahí que el jurista deba exponer sus significados que pueda tener, por lo cual se debe realizar “un análisis crítico, [de] todos los significados posibles, inclusive de aquellos políticamente indeseados, y ni siquiera previstos por el legislador y por las partes contratantes, pero incluidos en el tenor literal de las normas que ellos escogieran” (1960, 356). Con lo cual, si sólo seguimos este criterio, “el discurso jurídico consistiría en la racionalización teórica de un argumento de autoridad” (Courtis 1999, 262).

<sup>28</sup> Kelsen quiere *crear* una ciencia del derecho, de ahí su obsesión en querer aislar el derecho para poder hacer un estudio *puro* de él. Por eso separa la producción de leyes de la labor del científico del derecho, porque sabe que la producción de leyes es una actividad técnica. Esta postura kelsiana ha sido agudamente observada y hasta caricaturizada por Offner, así, él crea un diálogo entre el jurista y el legislador, en donde el primero sólo diría: “Nosotros ni sabemos ni nos preocupamos qué leyes debéis dictar, ya que ello pertenece al arte, al que somos ajenos, de la legislación. Dictad las leyes que

en un prejuicio absurdo que impide que el jurista, que se cree científico, pueda realizar un trabajo más completo sin convertirse en legislador (§ 83 - § 86).

Lo señalado en el punto (4) no se presenta si se cree en el Postulado de la Completitud del Derecho (Alchourron y Bulygin 1993, 90); cuando esto ocurre, la labor del dogmático es la de hallar los Principios Generales que subyacen a las NJ, de tal modo que al combinarse con dichas normas permitan solucionar todos los casos que puedan presentarse. Para Roxin la dogmática “tiene que ejercer política criminal en el marco de la ley, es decir dentro de los límites de la interpretación” (1997, 225). Esta afirmación de Roxin se puede considerar como un paso más allá de lo sostenido por Kelsen, que lo aproxima más a Alchourron y Bulygin. Pero como veremos luego (§ 49 -§ 53), Roxin no se limita a hacer interpretación de Leyes.

§ 43. Para hacer una mejor investigación jurídica en la actualidad se la suele hacer utilizando el *método científico*. Sin embargo, no debe confundirse el hecho de que las reglas del *método científico* puedan ser empleadas en investigaciones jurídicas, con que el producto de esa investigación sea científica (§ 32). De hecho, el *método científico* puede ser empleado para realizar cualquier tipo de investigación con rigor; pero que se emplee este método no convierte en científico el resultado. Bunge (1982, 42) señala que en las humanísticas se lo puede emplear tanto en la lingüística como en la filosofía, en otro libro nos hace ver que las teorías técnicas operativas (§ 71 - § 72) utilizan el “*método de la ciencia*” (1997, 685), y en otro nos presenta más disciplinas que lo utilizan conjuntamente con algunos conocimientos científicos, “es lo que pasa, por ejemplo, con la medicina, el derecho y las llamadas ciencias administrativas” (Bunge 1999b, 173).

---

queráis. Cuando lo hayáis hecho, os explicaremos en latín qué leyes habéis promulgado” (*apud* Pashukanis 1978, 40).

### CAPÍTULO 3. LAS TEORÍAS JURÍDICAS

#### **De la Ciencia del Derecho *Tradicional* a la posible Ciencia del Derecho en sí**

§ 44. De lo indicado anteriormente (§ 40), se puede decir que el contenido de la CD, en su nivel inicial, se reduce a hacer interpretación o hermenéutica<sup>29</sup> (en

---

<sup>29</sup> La hermenéutica, desde sus orígenes griegos, trata de la interpretación de textos; en ese sentido, “tiende a establecer los principios, métodos y reglas que son necesarios para revelar el sentido de lo que está escrito. Su objeto es dilucidar todo lo que haya de oscuro o mal definido, de manera que, mediante un proceso inteligente, todo lector pueda darse cuenta de la idea exacta del autor” (Terry 1990, 10). Sin embargo, Osborne (1991, 5) informa que actualmente se ha vuelto común considerarla como una aclaración del sentido actual del texto más que de su intención original. Aunque Osborne es rotundo y afirma que la hermenéutica debe decir qué significó y qué significa lo que nos dice el texto, por lo que incluye a la *exégesis* y a la *contextualización* actual como parte de ella. Para lograr lo anterior, la hermenéutica tiene un conjunto de reglas o principios, que se deben tener en cuenta; podemos mencionar a los criterios orientadores generales: Contexto, Gramática, Semántica, Sintaxis, y las Circunstancias Histórico Culturales (para profundizar véase a Osborne 1991).

<sup>29a</sup> Por otro lado, en filosofía se llama hermenéutica a “la doctrina idealista según la cual los hechos sociales (y quizá también los naturales) son símbolos o textos que deben interpretarse en lugar de describirse y explicarse objetivamente” (Bunge 2007a, 96). Esta corriente sostiene que existen ciencias naturales y ciencias del espíritu o de la cultura, y su diferencia radica que en las últimas, el mecanismo fundamental para comprender los fenómenos no es la explicación sino el empleo de la **comprensión** y penetración humana. Fue Dilthey (1883) quien propuso esta separación del modo de aprehender la realidad; sin embargo, al hacerlo no dio un criterio para diferenciar lo que es ciencia de lo que no lo es, de tal manera que para Dilthey existe la *ciencia del derecho*, la *ciencia de la religión* y la *ciencia ética*. Aunque su pensamiento fue seguido por muchos otros y tiene un gran número de seguidores en la actualidad, lo cierto es que “en el paradigma comprensivo o interpretativo encontramos diversas formas de concebir la tarea de ‘comprender’, diversas concepciones del *Verstehen* y diversas formas de entender la interpretación. Tal situación, sumada a las diferentes formas de caracterizar la estructura de las teorías, ha dificultado y sigue dificultando su expresión en un cuerpo conceptual unificado y acumulativo” (Briones 2002, 176). Aunado a eso, esta postura considera que la verdad es relativa y que los conocimientos científicos siempre son producto de los prejuicios del científico o de los intereses económicos *de quien domina al mundo*. Esta postura se olvida que “la objetividad científica no se obtiene por la ausencia de prejuicios –todos los tenemos– sino impidiendo que éstos influyan en el resultado de la investigación [...] el hecho de que la verdad absoluta, última, objetiva y segura nunca pueda alcanzarse no significa que todas las verdades sean igualmente arbitrarias y sesgadas” (Harris 1998, 146-147). En resumen, esta postura nos dice que cualquier cosa es ciencia, por lo cual no tendría sentido utilizar el término ciencia como diferenciador, pues, si todo es ciencia, nada es ciencia. Por ese motivo no hemos adoptado esa postura en esta tesis (h 32).

donde sobresale el juego de palabras y los principios del derecho), concordancia entre artículos y comparación con las normas de otros Estados, además de referencias históricas de las instituciones jurídicas. Así pues, ese contenido, que hasta el momento no había sido separado de la propia CD en sí (el segundo nivel de la CD), lo llamaré CD *tradicional* (CDt).

### La CDt como Manuales Técnicos Especiales

§ 45. El contenido de esta CDt es comparable con la de los manuales que vienen con cualquier artefacto (§ 72)<sup>30</sup>. En ese sentido, no tendría mucho valor examinarlo para saber si el derecho es ciencia, pues los manuales se encuentran dentro de un *conocimiento técnico explícito* (ver Quintanilla 1991, 259; 2005, 105). Aunque los manuales de derecho tienen un potencial que le insertan características propias (§ 86).

§ 46. Antes de seguir discutiendo la científicidad de la CDt, debemos entender que un artefacto es un “objeto creado por el hombre” (Bunge 2007a, 12). Esta noción general de artefacto se puede emplear para “cualquier estado o proceso o sistema artificial. Pero hay un uso más estricto del mismo término que sólo se aplica a aquellos objetos o sistemas que son producto de un sistema intencional de acciones, es decir, de una téc-

---

<sup>30</sup> Claro está que los manuales del derecho no son directos sino que muchas veces son un cúmulo innecesario de palabras; es decir, no dicen para que funcione esto se debe hacer esto y esto, sino que antes se juega con el significado de las palabras, de su origen, de cómo fueron empleadas en Roma, de cómo llegó al Perú, etc., para que muchas veces se termine expresando las mismas cosas que dice una ley con casi las mismas palabras. En el derecho se debería decir *la norma tal se aplica en los siguientes hechos y puede tener las consecuencias siguientes bajo estos supuestos*. Esto permitiría cubrir todas las posibilidades y le permitiría conocer al individuo hasta qué punto lo ampara una norma. Esta idea es similar a la expresada por Zaffaroni cuando dice que “la construcción dogmática no persigue más que hacer segura para el individuo la aplicación del derecho en un estado de derecho” (1987, 230). Por lo cual, si analizáramos ese conocimiento nos limitaríamos a ver si se ha empleado de una forma adecuada la hermenéutica y a detectar errores del exégeta jurídico (§ 42).

*nica*, y además son nuevos” (Quintanilla 1991, 28). Ahora bien, si consideramos que un medio es un artefacto que

transforma un estado de cosas *A* en un estado de cosas *B*, en donde *A* se entiende como un estado de cosas que no es satisfactorio con respecto a un conjunto de objetivos y valores *O*, mientras que *B* se entiende como un estado de cosas que instancia el conjunto de objetivos y valores *O* y que es la meta o propósito del medio empleado. (Lawler 2006, 410)

Entonces es factible entender por qué Quintanilla manifiesta que el derecho, tomado únicamente como sinónimo de NJ, es


un artefacto más que un sistema técnico [...] un instrumento de una tecnología social, la tecnología de control de la conducta social de los ciudadanos de un país. En ese sentido creo que hay sistemas técnicos de carácter jurídico, de carácter social, de carácter institucional, etc. (2005, 194)

Es importante tener en claro esto para poder comprender mejor el gráfico 2, pues como afirmé (§ 45), toda la *CDt* se constituye en manual del artefacto llamado NJ.

§ 47. Ahora bien, pese a lo indicado anteriormente (§ 42 - § 45), se ha tratado de hacer creer que el producto de ese modo de trabajar es científico, por cuanto tendríamos que hablar de la verdad de sus enunciados (Kelsen 1960, 86), por lo que el derecho formaría parte de las “ciencias normativas”. Y la verdad o falsedad en esta “ciencia” se encontraría entre la correspondencia de las proposiciones de la *CDt* y las NJ del Estado de las cuales trata dicha *CDt*<sup>31</sup>. Así, esta afirmación ignora que toda proposición puede ser verdadera o falsa y que no únicamente las proposiciones científicas se ajustan

---

<sup>31</sup> El ejemplo que utiliza García Belaunde es útil para comprender mejor esta afirmación kelsiana que subsiste en la actualidad: “el enunciado contenido en un libro de Derecho Civil de que una persona que no cumple su promesa matrimonial debe pagar una indemnización o exponerse a una acción judicial, es *falso* si es que las leyes del Estado que es descrito en dicho libro, no establece en realidad tal obligación, pues no señala la posibilidad de tal acción legal. Por el contrario, la existencia de una ley que establece el proceso para cobrar esa indemnización por incumplimiento de una promesa sancionada por la ley sustantiva, no es algo de lo cual se pueda decir que sea falso o verdadero, sino solamente constatar que tiene validez o no la tiene” (1982, 40 - 41). De ese modo se produce el artificio entre el derecho y la “ciencia del derecho”.

a este hecho. Aún más, la afirmación convierte a toda proposición en científica, pues su criterio no permite diferenciar entre errores del científico, del dogmático jurídico, del crítico literario, del teólogo, o los que pueden producirse dentro del conocimiento musical. En este último tipo de conocimiento podemos leer lo siguiente: *la figura  (negra), siempre que el compás o denominador sea 4, dura un tiempo.* Si seguimos el criterio kelsiano, la música, o por lo menos la teoría musical sería científica, por cuanto esta afirmación puede ser susceptible de ser calificada como verdadera o falsa, con lo cual caeríamos en el error indicado anteriormente de que todo es ciencia, y el arte no se diferenciaría de ésta<sup>32</sup>. Salta a la vista la fragilidad de la afirmación kelsiana que trata de ocultar que la labor de lo que Kelsen llama científico del derecho, es hermenéutica jurídica (o dogmática) y no ciencia.

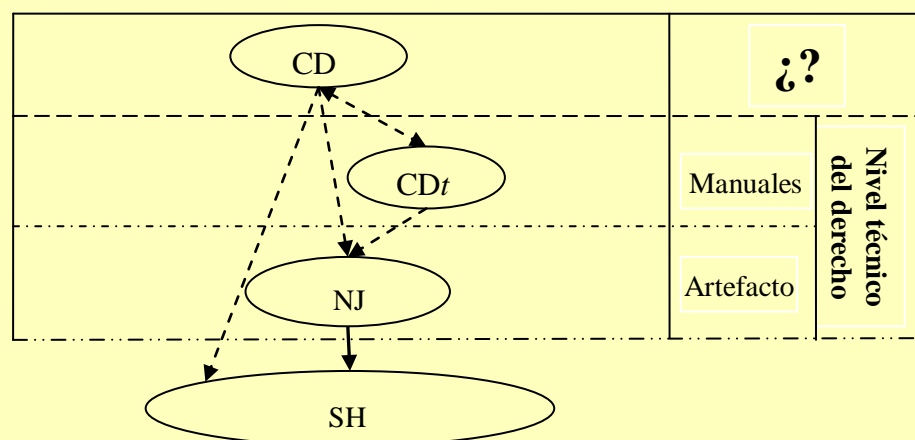
§ 48. No obstante, si el derecho es ciencia, debe tener teorías científicas (h 8). Y aunque los “Juristas utilizan el término ‘teoría’ con mucha generosidad, a veces para referirse simplemente a cada una de varias opiniones encontradas acerca de la interpretación de una norma jurídica” (Nino 1989, 81). Debemos creer que los estudios de derecho, los del más alto nivel, forman teorías jurídicas. Veamos, tanto la

---

<sup>32</sup> Son cosas distintas ciencia, arte y técnica. Aunque, si bien es cierto el vocablo técnica procede del griego *τέχνη* el cual se dice en latín *ars*, y que ambos significan habilidad manual o el producto de dicha habilidad (en nuestro idioma de *τέχνη* deriva técnica y de *ars* nos llega arte). Aunque en tiempos pasados pudieron ser tomados como equivalentes tanto técnica y arte, ahora ambos términos expresan cosas distintas. El DRAE define al arte como *Manifestación de la actividad humana mediante la cual se expresa una visión personal y desinteresada que interpreta lo real o imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros.* En arte el término clave es *belleza*, en ciencia es *verdad*, y en técnica es *eficiencia*. Ahora bien, “algunos productos de la investigación científica y tecnológica son algo más que válidos, verdaderos o eficientes; también se consideran bonitos (o feos) y elegantes (o torpes) además, generalmente se acepta que la investigación científica es un arte más que una ciencia” (Bunge 2007a, 11). Por eso acá no nos referimos a la ciencia o a la técnica como actividad de investigación, pues se confunden en este modo de trabajar (§ 43), sino que analizamos el conocimiento (pero no por sus características estéticas) que producen estas dos para poder diferenciarlas. Se vio en h 8 la diferencia entre ciencia y técnica, en capítulo 4 se profundizará más en esta diferencia y relación entre ambas.

teoría general del delito (TGD) como la del acto jurídico (TAJ) son teorías jurídicas que escapan a la mera hermenéutica (§ 59), sin llegar a pertenecer a la filosofía (§ 61). Aún más, estas teorías jurídicas, que pertenecen a la CD, sirven de orientadoras para la *CDt*, de ahí que las escogiéramos para poder determinar si el derecho puede tener un contenido teórico que merezca ser llamado científico. Pues, como podemos ver con claridad en el gráfico 2, lo que acá llamamos CD (por el momento no sabemos exactamente qué tipo de conocimiento es) está sobre la *CDt*. Las flechas con líneas punteadas del gráfico nos indican que esta CD, para ser tal, debe estudiar no sólo a las NJ sino que también a la propia *CDt* e incluso a la SH (§ 26); pero la *CDt* no hace esto último (lo debería hacer pero de forma distinta a la CD, § 86), sino que se guía de lo que dice la CD para conocer la SH y la mira a través de las NJ (§ 40). Por ese motivo, a continuación analizaré aspectos relevantes para nuestra investigación de dos de sus teorías. Lo que se buscará es simple: saber qué información contienen, de ahí que no se profundice en las discusiones internas de cada una de ellas, sino que únicamente se presentará la información general que cada una contiene.

Gráfico 2: Niveles de la ciencia del derecho



Fuente: Elaborado por el autor

## Posibles Teorías Científicas del Derecho

### Teoría General del Delito (TGD)

§ 49. De lo que se ocupa esta teoría es de reunir, describir y sistematizar las características básicas que debe cumplir una *conducta humana*<sup>33</sup> para ser calificada como delito (Roxin 1997; Muñoz Conde 1999; Bramont-Arias Torres 2002, Serrano-Piedecabras 1999).

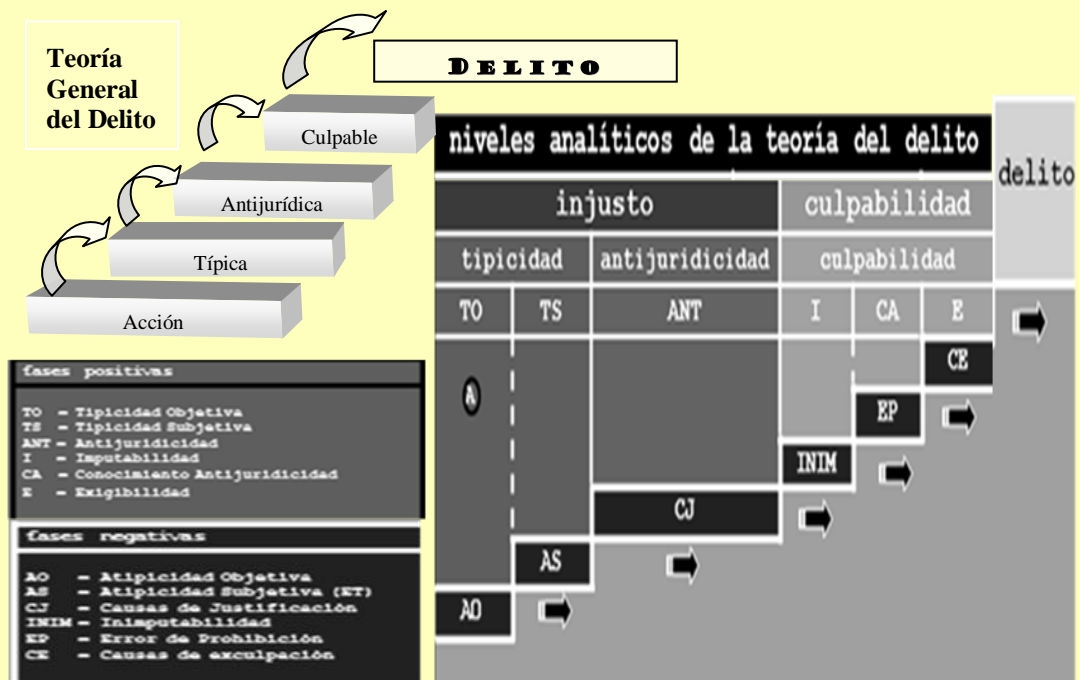
§ 50. Roxin (1997, 196-198) nos informa que el proceso de describir estas categorías básicas (o escalones) de la estructura del delito demoró décadas, que luego fue seguida de una sistematización de los conceptos básicos fundamentales. Los orígenes de esta teoría se remontan a la *teoría del tipo penal*, es decir, esta teoría inició perteneciendo a la CDt pero luego fue evolucionando hasta convertirse en lo que es hoy.

§ 51. En la actualidad, los escalones que permiten calificar a una *conducta humana* como delito, es decir la TGD, se desarrolla dentro del sistema racional-final o teleológico (funcional) del derecho penal. Por consiguiente, veremos lo que nos dice sobre la ubicación de las categorías básicas del delito. Así pues estas categorías básicas se las puede representar del siguiente modo:

---

<sup>33</sup> La conducta es “ontológicamente derivada, pero gnoseológicamente primaria” (Bunge 2002, 139). Es ontológicamente derivada por cuanto es producto de un conjunto de actividades de carácter biológico, neuronal, eléctrico y químico (Thagard 2008, 271-277); y es gnoseológicamente primaria porque es el primer dato que se puede obtener sobre las funciones del cerebro, es la cosa que se tiene que explicar (Bunge 2002, 139). Por ello la conducta se iguala con el conjunto de *outputs* motores de los animales, ya sean globales (locomoción), parciales (coger algo, sonreír, mover los ojos o excretar), o de interés (emisión luminosa de las luciérnagas o las descargas eléctricas de las rayas) (Bunge 2002, 134). Finalmente la *conducta humana* será la conducta de un tipo especial de animal, la del homínido *sapiens sapiens*.

Gráfico 3: Teoría General del Delito



Fuente: Adaptado de Grández Odiaga 2008

§ 52. La escalera indica, desde la parte inferior, paso a paso una serie de requisitos que debe reunir una *conducta humana* para que pueda ser calificada de delito. Estos escalones no son aislados el uno del otro sino que luego de pasar uno, el otro incluye al anterior. No podemos decir que una acción sea antijurídica si antes no determinamos que fue típica, del mismo modo una conducta no puede ser culpable si antes no se determinó que fue antijurídica. Por lo tanto, no tiene sentido decir que una conducta es antijurídica si antes no se determinó que es típica.

§ 53. Ahora bien toda la TGD tiene como base a la *acción*, entendida por Roxin (1997, 252-266) como *manifestación de la personalidad*. Esto es importante para poder notar que la doctrina no se fija en lo que dice la legislación de un país, sino que se basa fundamentalmente (para bien o para mal) en los estudios psicológicos y sociológicos, aún más, “la evolución de los conceptos jurídicos-penales fundamentales

se entiende aparejada al desarrollo de la sociología” (Abanto Quevedo 2007, 41). Con lo cual podemos darnos cuenta de que esta teoría no hace simple hermenéutica de las leyes, va más allá, miran a la SH a través de lo que le puede informar otras ciencias. Es una construcción paralela a las leyes. Además, debemos considerar que la llamada ciencia del derecho penal, en ocasiones “debe oponer mejores conceptos y, en caso necesario, imponerlos ante el Tribunal Constitucional” (Roxin 2007, 7). Sus teorías también influyen en la jurisprudencia (§ 35), esto se debe a que “la ciencia y la jurisprudencia se encuentran en un vivo intercambio de opiniones que es igualmente valioso para ambas” (Roxin 2007, 23)<sup>34</sup>. Regresando a la TGD, por ejemplo, en la culpabilidad se necesita recurrir forzosamente a la psicopatología e incluso a la antropología para hablar de inimputabilidad o de un error de prohibición culturalmente condicionado.

---

<sup>34</sup> En el Perú, usualmente el Tribunal Constitucional hace uso de este recurso para fundamentar de una mejor manera sus sentencias. Pero eso no ocurre sólo acá, si leemos la compilación de sentencias de Jürgen Schwabe (2003) *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, nos daremos cuenta que es común que la jurisprudencia use a la doctrina. Con lo cual la afirmación de Roxin de arriba y la sostenida en el § 35 y § 39 son correctas.

## Teoría del Acto Jurídico (TAJ)

§ 54. Esta teoría quiere englobar a todos los actos jurídicos<sup>35</sup> (como el testamento, el contrato y el matrimonio) y decimos cuándo tal acto es válido<sup>36</sup>. En ese sentido, la teoría nos indica que el acto jurídico está conformado por: *presupuestos*, *elementos* y *requisitos*. Estos tres componentes son necesarios para la formación y validez (lo que traería consigo la eficacia: § 57) del acto jurídico (Taboada Córdoba 2002a, 35-42; 2002b, 149-150; Tantaleán Odar 2008, 56).

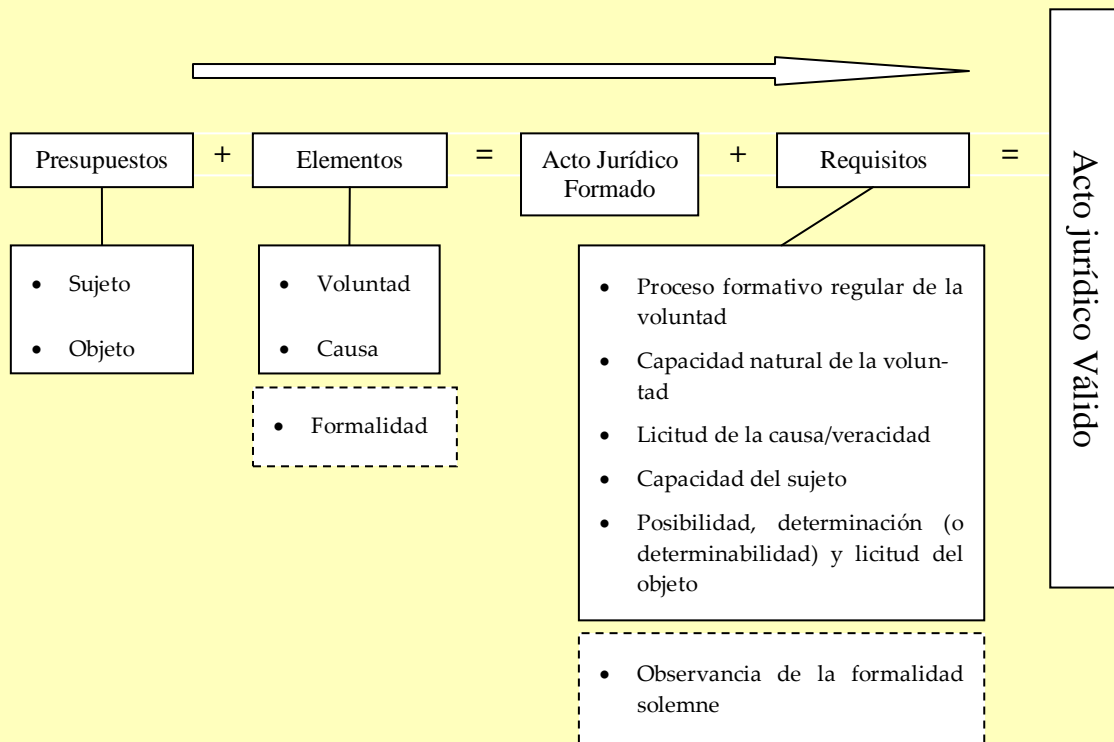
§ 55. Así pues, la unión de los *presupuestos* y los *elementos* nos dan como resultado un acto jurídico formado; sin embargo, para que este acto sea válido se debe tener en cuenta los *requisitos*. Cada uno de estos tres componentes están integrados por otros y se los puede esquematizar del modo siguiente:

---

<sup>35</sup> Aunque es irrelevante para nuestra tesis discutir si existe diferencia entre *acto jurídico* y *negocio jurídico*, es bueno aclarar que no existe diferencia entre los términos y acá los usamos como sinónimos. Los términos son distintos pues se usan en sistemas distintos y en idiomas distintos, en alemán *rechtsgeschäft*, en italiano *negozio giuridico*, en francés *acte juridique*, y el *common law* usa *juridical act* (ver Battista Ferri 2002, 85-91). Lo que sucede es que la teoría sobre el *negocio jurídico* alemán se ha venido desarrollado más, por ese motivo se la suele diferenciar actualmente del *acto jurídico* francés, como lo hace Taboada (2002b, 66-85). Sin embargo, no se puede olvidar el hecho manifestado por Leysser León, “que en el idioma francés no habría un vocablo equivalente a la voz de negocio, lo que habría obligado a utilizar el término acto en vez de ella” (Tantaleán Odar 2008, 20). El propio Taboada acepta que “la noción francesa de acto jurídico no desarrolló ni cambió posteriormente, salvo contados casos de algunos autores” (2002b, 73). Lo cual nos llevaría a decir que “todos los avances de la teoría del negocio jurídico son de plena aplicación a la teoría del acto jurídico” (Núñez Molina 2008, 26). En conclusión, podemos decir que si hablamos de un desarrollo de la teoría del *negocio jurídico* alemana estaríamos hablando de un desarrollo del *acto jurídico* francés, pues en este punto nos encontramos en el mundo 3 popperiano (§ 63).

<sup>36</sup> Giovanni Battista Ferri manifiesta que al parecer todos los doctrinarios están de acuerdo con que constituye “una categoría lógica, es decir, una síntesis, que se acepta como tal o se rechaza como tal” (Calasso, *apud* Battista Ferri 2002, 75). Resulta más entendible, mas no disímil, lo que dice Pietrobon, para quien el negocio jurídico “es una teoría del acto de autonomía privada, que es aplicable tanto al contrato cuanto a los actos negociables no contractuales” (*apud* Battista Ferri 2002, 75).

Gráfico 4: Teoría del Acto Jurídico



**Fuente:** Elaborado por el autor

§ 56. Es bueno señalar también que no existe una única “teoría del acto jurídico”, no obstante, para este estudio, el punto importante de la TAJ es que también ella, al igual que la TGD, parte de la *conducta humana*. En esta teoría es importante que la voluntad del sujeto no sufra de algún defecto que la distorsione. Por lo cual se debe preguntar: ¿cuándo ha sido correctamente formada la voluntad del individuo? La respuesta a esta pregunta escapa de lo jurídico e ingresa a lo psicológico; pero la voluntad por sí sola no basta, sino que debe estar acorde con ciertos *requisitos* de índole legal (Taboada 2002b, 73-74), lo cual nos da como resultado una pregunta clave para toda esta teoría: ¿cuándo la voluntad correctamente formada es un acto jurídico válido?

§ 57. En esta teoría se habla de eficacia para decir que la voluntad ha logrado lo que se propuso inicialmente, por lo que también se puede hablar de un acto

ineficaz o inválido. En sentido estricto, se emplea el término de ineficacia para designar los negocios que, aun reuniendo los requisitos exigidos por el ordenamiento, no producen efectos jurídicos por cualquier otra razón. Se dice, en cambio, que el negocio es inválido cuando alguno de los elementos constitutivos falta o se encuentra viciado (Diccionario Jurídico Espasa Calpe 1998, *s.v.* negocio jurídico, ineficacia del).

## Conclusiones sobre las Teorías Jurídicas

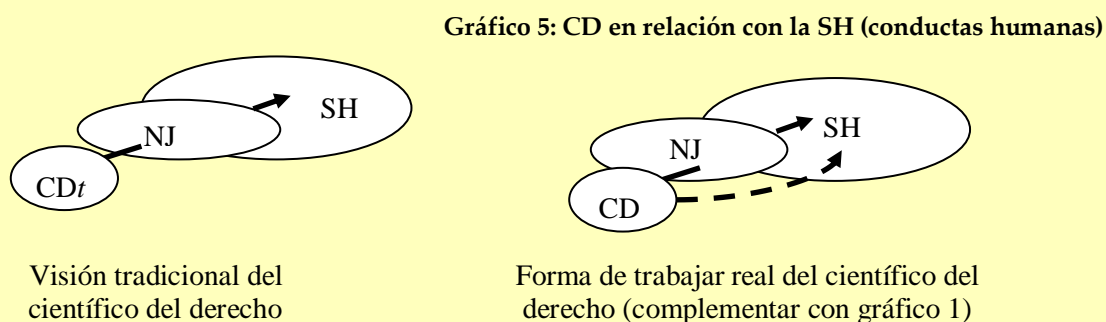
§ 58. En primer lugar debemos indicar que tanto la TGD y la TAJ lo que hacen es crear un sistema de filtros que permitan saber hasta qué punto se configura una *conducta humana* como delito o como acto jurídico válido. Es decir, serían *reglas* creadas para tal fin (§ 92 - § 93). Vistas así se podría decir que son *reglas heurísticas*<sup>37</sup> por lo que se puede decir que son eficaces (§ 94 - § 95).

§ 59. De estas teorías, a diferencia de los manuales que sólo hacen hermenéutica de la ley, se puede decir que escapan de ese rótulo, pues no consideran a la *conducta humana* (§ 29) únicamente cuando está determinada por la ley, sino que la toman de una forma directa (§ 53 y § 56) para inmiscuirla luego con la ley (por ejemplo, a una le interesa la licitud de la causa voluntaria y a la otra la manifestación de

---

<sup>37</sup> Las *reglas heurísticas* son “un conjunto de reglas generales que nos proporcionen soluciones satisfactorias sin necesidad de repasar todas las posibilidades existentes” (Thagard 2008, 81). Por ejemplo, si queremos vestirnos adecuadamente y, si tenemos cuatro prendas de vestir entre camisas, pantalones, medias y zapatos; además de tener de cada una de ellas diez ejemplares, tendríamos que elegir de entre una combinación de diez mil (10<sup>4</sup>) formas combinadas para vestir. Pero nadie hace eso, sino que para lograr vestirse adecuadamente se recurre a las *reglas heurísticas*. Así, únicamente nos basta saber que se debe usar medias marrones con pantalones negros, esto sería una solución eficaz al problema de qué vestir. Pero debemos considerar también que la heurística es “la ayuda no algorítmica para descubrir y resolver problemas [...y que...] los recursos heurísticos pertenecen al andamiaje de una construcción y deben descartarse después de su uso” (Bunge 2007a, 96). Así es que esta noción de *regla heurística* puede ser debatida, y no creo que sea adecuado aplicarlas a las teorías acá analizadas como se verá (§ 95).

la personalidad como un no hacer). Por eso, estas teorías no se ajustan a la forma tradicional de concebir al dogmático, como puede verse en el gráfico 5, la CD<sup>t</sup> mira a la SH a través de las NJ, en cambio, la CD no sólo hace esto, sino que también la mira de una forma directa:



**Fuente:** Elaborado por el autor

§ 60. Las teorías estudiadas escapan a la visión tradicional de la CD, y al escapar a esa visión también nos permite escapar de la importante observación hecha por Kirchmann: “tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles” (1848, 139). Porque, si bien es cierto, ambas teorías le otorgan un lugar específico a las NJ (*tipicidad objetiva* en el caso de la TGD y *requisitos* en la TAJ), no dependen únicamente de ellas, sino que fundamentalmente analizan a la *conducta humana*. En ese sentido, también escapan a las divisiones territoriales, es decir, pueden ser empleadas por cualquier Estado.

§ 61. Estas teorías, al tratar sólo una parte del derecho, no pueden pertenecer a la filosofía del derecho ni mucho menos a la filosofía general, por cuanto se acepta que la filosofía se ocupa de la totalidad, de lo universal<sup>38</sup>. Siguiendo ese crite-

---

<sup>38</sup> En los orígenes de la filosofía, los primeros filósofos se preocuparon por explicar los sucesos de la naturaleza sin tener que recurrir a los mitos tradicionales. Este hecho hace que la filosofía se vaya separando de la religión, por lo cual se puede decir que los filósofos de la naturaleza dieron los prime-

rio, se puede llegar a decir que la filosofía jurídica es “la disciplina que define el Derecho en su universalidad lógica, investiga los orígenes y los caracteres generales de su desarrollo histórico, y lo valora según el ideal de la justicia trazado por la pura razón” (Del Vecchio 1980, 279). Resumiendo, se puede “definir a la filosofía del derecho como un razonamiento acerca de la naturaleza del derecho” (Alexy 2003, 149). Pertenecen a la filosofía del derecho varios trabajos de Kant, Hegel, Kelsen, Ross, Del Vecchio, Hart, Dworkin, entre otros<sup>39</sup>. Puede notarse que sus problemas están relacionados con el derecho como totalidad, se preocupan en su relación con la moral y la ética (¿Qué se debe entender por principios generales del derecho? ¿Son capaces por sí solos de orientar orden jurídico? De ser la respuesta negativa ¿con qué otro(s) elementos se deben combinar para que puedan hacerlo? ¿Existen principios generales del derecho que son universales? ¿Qué se puede castigar y por qué? ¿Qué hace que una NJ sea obligatoria?, etc.), con la ciencia y con otros tipos de conocimientos (¿cuál es el aporte de la Sociología, Psicología, Historia y la Antropología para el derecho? ¿Hasta qué punto es utilizable para el derecho el descubrimiento psicológico de que *los in-*

---

ros pasos hacia una manera científica de pensar (Gaarder 1995, 38). Ahora bien, tanto Aristóteles como Platón usaban los términos *ἐπιστήμη* (en latín *scientia*) y *σοφία* (en latín *sophia*) como sinónimos y los intercambiaban para no repetirse (Mosterín 2006, 262). El nombre latino preciso para la *φυσικὴ φιλοσοφία* de Aristóteles es *Philosophia naturalis* (Mosterín y Torretti 2002, 238), y recordemos también que el libro de Newton, un ícono para la ciencia moderna que vio la luz en 1678, se titula *Philosophiae naturalis principia mathematica*. Por eso, incluso actualmente “esta separación entre el estudio filosófico y el científico de la naturaleza no es siempre, empero, aceptada” (Ferrater Mora 1965, 697-698). No obstante, se acepta que la filosofía es “la disciplina que estudia los conceptos más generales (como los del ser, devenir, mente, conocimiento y norma) y las hipótesis más generales (como la de la experiencia autónoma y la cognoscibilidad del mundo externo)” (Bunge 2007a, 83). De ahí que la filosofía sea “simplemente el intento de responder a tales problemas finales, no de un modo negligente y dogmático, como lo hacemos en la vida ordinaria y aun en el dominio de las ciencias, sino de una manera crítica, después de haber examinado lo que hay de embrollado en ellos, y suprimido la vaguedad y la confusión que hay en el fondo de nuestras ideas habituales” (Russell s/a, 5).

<sup>39</sup> Como los libros *Metafísica de las costumbres* (Kant), *Filosofía del derecho* (Hegel), *Teoría pura del derecho* (Kelsen), *Sobre el derecho y la justicia* (Ross), *Filosofía del derecho* (Del Vecchio), *El concepto del derecho* (Hart), *El imperio de la justicia* (Dworkin).

*centivos dan mejores resultados que las sanciones* si se considera que toda NJ debe contener una sanción? Consecuencia de la pregunta anterior: ¿Puede existir evolución del concepto de NJ, de ser así, qué diferenciaría al derecho de los otros tipos de normas? ¿Cuál es el aporte del derecho a la ciencia? ¿Es posible utilizar el cálculo matemático para resolver los litigios? ¿Hasta qué punto es utilizable la metodología científica en el derecho?, etc.). Por lo cual, como manifiesta Recaséns Siches, se puede dividir a la filosofía del derecho en dos partes capitales, en *teoría general o fundamental del derecho* y en *axiológica jurídica* (1993, 224 - 227).

§ 62. La diferencia básica entre la TGD y la TAJ no se encuentra en que una pertenezca al ámbito privado y la otra al público, sino que una pretende decir cuándo una *conducta humana* es válida, por lo cual su pretensión es mucho mayor que la otra, pues su campo de argumentación es casi infinito. Si hacemos una analogía, es como si existiera en el derecho penal una teoría que diga cuándo una *conducta humana* no es delito. La TGD no se preocupa por saber eso, únicamente da a conocer cuándo esta *conducta humana* merece ser considerada como delito. Por lo cual, la TAJ no tiene equivalente alguno en el derecho penal, mientras que la TGD, sería equivalente a la teoría de nulidades en el derecho civil<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Aunque escapa de esta tesis el estudio de la *teoría de nulidades*, se hizo la comparación por cuanto esta teoría busca decirnos cuándo un acto humano merece ser sancionado como nulo.

**CAPÍTULO 4.**  
**ÁMBITO CIENTÍFICO Y DERECHO: CONOCIMIENTO**  
**CIENTÍFICO Y CONOCIMIENTO TÉCNICO**

**Teorías Científicas y Teorías Técnicas**

§ 63. Una teoría es producto de la inteligencia, la imaginación, la inspiración o lo que sea que se produzca (o se llame) en la mente humana para crearla. Karl Popper (1994) sostiene con razón que las teorías existen, y que su existencia no se encuentra en la mente del que las creó ni en el libro en donde están plasmadas, sino que se encuentran en lo que él llamó *mundo 3*<sup>41</sup>. Este mundo 3 se diferencia del mundo 2 en que, mientras este último, pertenece al ámbito individual y subjetivo, porque su contenido se puede expresar mediante un *yo siento* o un *yo sé*, el mundo 3 no puede reducirse a la sola percepción individual, sino que mediante la utilización del mundo 1 (por ejemplo los libros) podemos transmitir su contenido. Esto hace que se vuelva un objeto, de ahí que cuando de conocimiento se trate, estemos frente a un conocimiento objetivo, y es precisamente en este mundo donde encontramos a las teorías científicas. *Debemos creer* en esta distinción que hace Popper porque nos per-

---

<sup>41</sup> Bunge afirma que no existen las proposiciones en sí pero considera necesario fingir que existen (Bunge 1982, 63), esto significa que todo el mundo 3 de Popper no es más que una ficción que depende de los cerebros racionales y que desaparecerá juntamente cuando desaparezcan estos últimos (Bunge 1982, 74 - 75). En este punto Bunge difiere con Popper pues este último cree que el mundo 3 tiene una existencia por sí sola y no le da mayor importancia a los cerebros. Por su parte, Jesús Mosterín afirma que “a diferencia de Platón, nosotros sabemos que las estructuras no son la verdadera realidad, sino meros esquemas proyectivos en las cabezas (y en los libros) de ciertos animales: nosotros” (2003, 209). Con lo cual su postura favorece más a Bunge que a Popper. En defensa de Popper se puede decir que lo clave para sustentar la existencia del mundo 3 es que en este mundo existe una autonomía de sus habitantes, y es justamente lo que les permite existir por sí mismos, en una forma independiente a los del mundo 1 y 2. No se trata de una existencia platónica, sino de una existencia autónoma y diferente a la de los otros mundos, es una existencia que va más allá del mundo 1 y 2, pero que depende, como no, de cerebros racionales que puedan entender ese mundo.

mite afirmar que “el valor científico, objetivo, de una teoría es asunto del ‘tercer mundo’. Dicho valor es independiente de la mente humana que lo crea o lo comprende” (Lakatos 1999, 150). Esto hace que nuestras teorías científicas puedan ser criticadas de una forma objetiva y que no dependamos de lo que se crea en un tiempo determinado, es más, tampoco dependemos de la experiencia de los sentidos por cuanto pueden engañarnos<sup>42</sup>.

§ 64. Las teorías científicas sólo tratan de representar a la realidad, “son redes que lanzamos para apresar aquello que llamamos el mundo” (Popper 2004, 57). Son un sistema de hipótesis (las leyes son un grupo especial de ellas) que se ordenan deductivamente y sirven para explicar y a veces predecir los fenómenos observables universalmente<sup>43</sup>. Por eso sólo se busca la verdad de sus enunciados, independientemente del posible uso práctico que pudieran tener. De ahí que la ciencia únicamente busque conocer y no tiene ninguna otra preocupación, con lo cual sus resultados tienen neutralidad axiológica práctica (el conocimiento en ciencia vale por sí mismo y solamente se preocupa por conocer la *verdad*, por eso se dice que el conocimiento científico es neutral, sólo se preocupa de dar explicaciones de hechos y de sus esquemas o estructuras).

---

<sup>42</sup> Así por ejemplo, luego de que Albert Einstein formuló sus teorías se publicó un libro denominado *Cien autores contra Einstein*, ante tal publicación Einstein sólo atinó a decir: “Si estuviera realmente equivocado, ¡con uno solo hubiera bastado!” (*apud* Hawking y Mlodinow 2005, 180). Y aunque Einstein no distinguía entre el mundo 2 y el mundo 3, queda claro que creía en el valor propio de una teoría y no en la comprensión de ésta (por parte de la comunidad científica) ni en los hechos que aparentemente la contradecían, “La verdad de una teoría está en la mente”, declaró en cierta ocasión [Einstein], ‘no en los ojos’” (Hawking 2004, 1025).

<sup>43</sup> Esta noción de teoría científica es la que prima en la epistemología actual, véase a Popper (2004, 57-74), Hempel (2002, 107-125), Bunge (1982, 179; 1997, 417), Hawking y Mlodinow (2005, 29), Piscoya Hermoza (1974, 41-8; 1997, 197-198). Como es de suponerse me refiero a las teorías fácticas, aunque la relación entre las teorías fácticas y formales es muy estrecha y se suelen complementar, como ocurrió con Apolonio, quien describió las secciones cónicas unos doscientos años antes de nuestra era y sólo Galileo las uso de forma adecuada cuando empleó la parábola para describir la trayectoria de las balas y, Kepler empleó la elipse para describir las trayectorias de los planetas (Bunge 2007b).

§ 65. Por otro lado, aunque es polémico hablar de teorías técnicas<sup>44</sup>, podemos indicar que éstas son un tipo de conocimiento que buscan un uso práctico y sus enunciados no son verdaderos ni falsos (§ 72). Estas teorías se ocupan de averiguar qué hay “que hacer para conseguir, evitar o simplemente cambiar el ritmo de los acontecimientos o su desarrollo de modo predeterminado” (Bunge 1997, 686). Se las llama *teorías técnicas* por cuanto sus propuestas se las puede contrastar en el *laboratorio*, entendido éste en sentido amplio “para incluir cualquier situación que, como las maniobras militares, permita un control razonable de las variables relevantes” (Bunge 1997, 690). El uso de sistemas de *software* en la actualidad permite facilitar los cálculos para lograr mayor eficacia de estas teorías, sin embargo no debemos olvidar que al tener alguna variable no predicha o mal calculada, las cosas no pueden salir como se las preveía (§ 73).

§ 66. Estas teorías se plasman en un diseño tecnológico, cuyo objetivo es “concebir un plan de acción que permita pasar de una situación menos satisfactoria a otra más satisfactoria” (Quintanilla 2005, 143). De ahí que la técnica no tome el conocimiento como fin sino como medio. Por lo cual una teoría técnica será una elaboración que busca cumplir con ciertos fines deseados, de ahí se desprende que en la técnica no se hable de *verdad* sino de *eficiencia*, entendida ésta como acciones que

---

<sup>44</sup> La epistemología se ha centrado en analizar el conocimiento científico y ha descuidado el análisis del conocimiento técnico, por lo que he tenido que unificar las diversas nociones para presentarlas de manera que se adecue a los fines de esta investigación (§ 4 y § 5). Ahora bien, en verdad es complicado hablar de teorías técnicas pero Quintanilla manifiesta que *A mathematical Theory of Communication* de Shannon, la *teoría de la información*, es una teoría técnica, por cuanto “su referente son sistemas de comunicación de información [...] y cuyo objetivo es precisamente calcular la capacidad máxima de un canal de comunicaciones de información. En ese sentido es una teoría tecnológica, a diferencia de una teoría científica cuyo referente es un fenómeno de la naturaleza” (Quintanilla 2005, 158). Para Bunge (1997, 685) teorías técnicas son, entre otras, la *teoría de vuelos* y la *teoría de juegos*. Me parece que otra teoría técnica, derivada de la *teoría de vuelos*, sería la de Pyotr Ya Ufimtsev (h 48a).

buscan cumplir con un determinado fin y evitar otros, es así que “una acción es tanto o más eficiente cuanto más cosas consigue de las que nos proponemos y menos de las que no nos proponemos” (Quintanilla 2005, 183)<sup>45</sup>. Por eso en la técnica se debe tener mucho cuidado de los riesgos que trae consigo tanto en el impacto ambiental como en sus consecuencias sociales. Esto hace que la técnica no sea neutra sino que lleva consigo preocupaciones de diversa índole, dentro de las cuales podemos encontrar a las morales (elegir entre lo considerado como bueno y malo).

### La explicación Científica y la explicación Técnica

§ 67. Ahora bien, la ciencia elabora sus explicaciones basándose en *leyes*; mientras que la técnica elabora las suyas con ayuda de *reglas*. Esta es una diferencia clave para saber cuándo estamos hablando de ciencia o de técnica, pues:

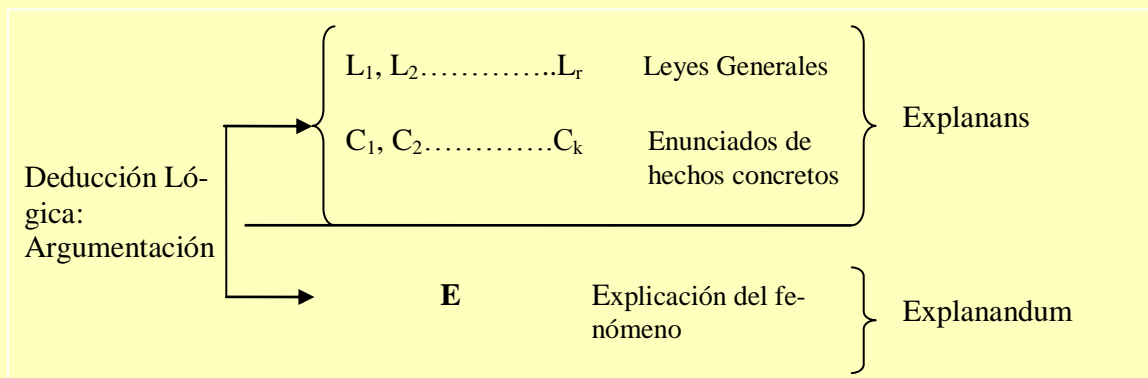
Los enunciados de leyes son descriptivos e interpretativos, mientras que las reglas son normativas. Consiguientemente, mientras que los enunciados legales pueden ser más o menos verdaderos, las reglas sólo pueden ser más o menos efectivas. (Bunge 1997, 694)

§ 68. Así pues, “la explicación encaja el fenómeno que se trata de explicar en un patrón de uniformidades y muestra que era de esperar que se produjera, dadas las leyes y dadas las circunstancias pertinentes”(Hempel 2002, 80), por lo que una explicación científica *nomológica-deductiva* sería del modo siguiente:

---

<sup>45</sup> Kelsen nos habla de la eficacia de un orden, y nos dice que “se revela tanto en el acatamiento fáctico de las normas, es decir, en el cumplimiento de las obligaciones jurídicas que estatuye, como en la aplicación de las normas jurídicas, es decir, en la ejecución de las sanciones que estatuyen” ([1960] 1982, 130). Ha de notarse que la noción de eficiencia dada arriba lleva consigo a las de eficacia y de ajuste. La eficacia se refiere a *cuanto más cosas consigue de las que nos proponemos* y la de ajuste (la de resultados no deseados) a *menos de las que no nos proponemos*. Kelsen sólo nos habla de la primera, y no considera a la segunda. Actualmente ya se toma en cuenta los resultados no deseados de la NJ, en nuestro país puede verse que ya Bullard Gonzales (2003, 62 - 64) se preocupa por estos tipos de resultados no deseados.

Gráfico 6: Esquema nomológico deductivo de la explicación científica



Fuente: Elaborado por el autor

§ 69. El gráfico se entenderá mejor si se ve el ejemplo del § 75, en donde el punto 1 y 2 hacen el papel de leyes, el punto 3 es un enunciado concreto susceptible de ser cambiado y, el punto 4 explica ¿por qué los protestantes se suicidan más? mediante el uso de la deducción lógica.

§ 70. La explicación técnica la da la teoría técnica. Las explicaciones técnicas se realizan con la ayuda de reglas, y “son típicas aunque no exclusivas, de la tecnología (ciencias aplicadas) [...] lo típico y exclusivo de la tecnología es la explicación a base de reglas fundamentadas, de reglas basadas en leyes, o reglas precientíficas” (Bunge 1997, 564). Por ejemplo, si nos preguntamos ¿por qué vuela un avión?, o ¿Cuál fue el motivo por el que se precipitó a tierra? Las respuestas a esas interrogantes contendrán reglas de fabricación del avión y de su funcionamiento (§ 80). Lo mismo ocurre cuando nos preguntamos ¿por qué el sujeto “x” fue condenado a 20 años de prisión? La respuesta tendrá que basarse en las NJ y en los hechos de caso.

§ 71. Mario Bunge divide a las teorías tecnológicas en *sustantivas* y en *operativas*:

Las teorías tecnológicas sustantivas son esencialmente aplicaciones de teorías científicas a situaciones aproximadamente reales; así por ejemplo, una teoría de vuelo es esencialmente una aplicación de dinámica de los fluidos. Las teorías

tecnológicas operativas, en cambio, se refieren desde el primer momento a las operaciones de complejos hombre-máquina en situaciones aproximadamente reales; así por ejemplo, una teoría de la gestión de líneas aéreas no estudia los aviones, sino ciertas operaciones del personal. (1997, 684)

§ 72. Aunque las Tt operativas no pueden guardar relación con investigaciones científicas previas (Lawler 2006, 409-410), necesitan hacer uso de la ciencia formal (Bunge 1997, 685). Las Tt sustantivas sirven para cubrir el vacío entre el *ser* y el *debería*, son el sustento teórico que hacen posible la fabricación de artefactos (§ 80, h 44), mientras que las Tt operativas tratan de la planificación, la elaboración de decisiones, la planificación y la acción (Bunge 1997, 685). Las Tt operativas relacionan las actividades hombre-artefacto no a nivel de manuales sino que buscan un resultado en conjunto (h 49). Se verá en el § 77, § 83 y § 84 ejemplificadas estos dos tipos de teorías respectivamente en ciencias sociales.

§ 73. La verdad de una teoría científica no hace que una teoría técnica sea eficiente (Bunge 1997, 699). La eficiencia dependerá de otros factores entre los que podemos mencionar a la capacidad de quienes la hagan y ejecuten. Por eso en técnica se distingue entre objetivos y resultados. Los primeros son lo que buscamos y los segundos son lo que realmente conseguimos (Quintanilla 2005, 67). Y no existe ningún método que nos permita conocer, antes de poner en práctica el diseño técnico, la totalidad de sus resultados y eficiencia.

## Una Teoría Científica en Ciencias Sociales

§ 74. Aunque las ciencias sociales aún se muestran inmaduras y no tienen (o no pueden tener) un desarrollo tan grande como las ciencias naturales<sup>46</sup>, es posible hablar de teorías científicas dentro de ella. Esto se debe a que, en primer lugar, lo que buscan es encontrar verdades y explicaciones; en segundo lugar, que sus estudios, cuando son rigurosos, se los puede representar en el modelo deductivo (§ 68).

§ 75. Robert Merton se basó en la investigación sobre el suicidio de Durkheim (2004) para elaborar un pequeño sistema deductivo. Se trata del modelo de teoría sociológica más citado (Briones 2002, 169) y el más simple en las ciencias sociales (Boudon 1974, 202-201):

hace ya mucho tiempo se estableció como una uniformidad estadística que en diversidad de poblaciones los católicos tienen una proporción de suicidios más baja que los protestantes. En esta forma la uniformidad planteaba un problema teórico. Constituía simplemente una regularidad empírica que sería importante para la teoría sólo si podía ser derivada de un conjunto de proposiciones, tarea que Durkheim se asignó a sí mismo. Si enunciemos sus supuestos teóricos de una manera formal, se hace claro el paradigma de su análisis teórico:

1. La cohesión social proporciona apoyo psíquico a los individuos del grupo sometidos a tensiones y ansiedades agudas.
2. Los índices de suicidio son funciones de ansiedades y tensiones *no aliviadas* a que están sometidas las personas.
3. Los católicos tienen mayor cohesión social que los protestantes.

---

<sup>46</sup> Este hecho ha traído como consecuencia que en las ciencias sociales se hable de *contexto* (Bunge 1982, 178-179), *marco teórico* (Bunge 1982, 178-179; Briones 2002, 178), *marco conceptual* (Bunge 1982, 178; Briones 2002, 178), *marco de referencia* (Briones 2002, 178; Boudon 1974, 208) o *paradigma* (Boudon 1974, 206-252) cuando existen explicaciones que no se ajustan al modelo nomológico deductivo de una teoría; es decir, se usan todos esos nombres para referirse a construcciones que no son propiamente una teoría, sino que son explicaciones más laxas, de modo tal que de la deducción a la que se llega, el *explanandum* no es consecuencia de una deducción clara. Sin embargo, es bueno precisar que estas explicaciones, llámense como se llamen, pueden convertirse en una teoría científica, como sucedió con la explicación sociológica del suicidio de Durkheim (ver Boudon 1974, 217-218).

4. Por tanto, podría preverse una proporción menor de suicidios entre los católicos que entre los protestantes. (Merton 2002, 173)

§ 76. Puede notarse que la explicación es perfectamente posible en las ciencias sociales. Por otro lado, no tengo como propósito establecer la verdad o la falsedad de esta explicación, mi único fin es tener un ejemplo claro de cómo se presenta una explicación en las ciencias sociales, pues, si el derecho es ciencia (§ 13), únicamente puede pertenecer a las ciencias sociales (§ 11, § 21 y § 22).

### **Una Teoría Técnica en Ciencias Sociales**

§ 77. El ejemplo de Merton permitirá hacer una construcción de una teoría técnica en sociología, para hacerlo he seguido el modelo propuesto por Bunge (1997, 696-697) adaptándolo con la finalidad de poder hacer que de la teoría del suicidio se pueda derivar una teoría técnica. Se puede notar que la Tt sustantiva necesita de leyes científicas [(a) y (b)] para terminar en reglas de acción [(c) y (d)]. Estas últimas serían un tipo de conocimiento propio de la técnica, A este tipo de conocimiento propio de la técnica, cuando se nutre del conocimiento científico, se le puede llamar *teoría técnica*. Veamos cómo la conseguimos:

- (a) Enunciado de la ley científica 1: “La cohesión social proporciona apoyo psíquico a los miembros del grupo que están sometidos a tensiones y ansiedades agudas”. Enunciado de la ley científica 2: “Los índices de suicidio son funciones de ansiedades y tensiones no resueltas por los individuos”
- (b) Enunciado de la ley en forma de condicional 1: “Si existe cohesión social, entonces los miembros de un grupo sometidos a tensiones y ansiedades agu-

das tendrán apoyo psíquico”. Enunciado de la ley en forma de condicional 2: “Si existe ansiedad y tensiones no resueltas por los individuos, entonces existirán índices altos de suicidios”.

- (c) Enunciado nomopragmático: “Si se logra que exista cohesión social, entonces los miembros de un grupo sometidos a tensiones y ansiedades agudas tendrán apoyo psíquico que logrará que disminuya la tasa de suicidios”
- (d) Reglas de acción: R1: “Para que en los miembros de un grupo sometidos a tensiones y ansiedades agudas **disminuya el índice de suicidios, hacer** que exista cohesión social”; R2: “Para que en los miembros de un grupo sometidos a tensiones y ansiedades agudas  **aumente el índice de suicidios, evitar** que exista cohesión social”

### **Relación Ciencia – Técnica**

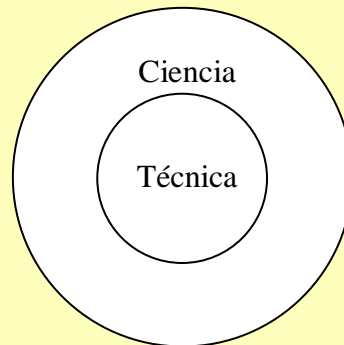
§ 78. Como puede inferirse de lo expuesto anteriormente, la ciencia actuaría como proveedora de conocimientos para que la técnica pueda realizar de mejor manera su labor<sup>47</sup>. Esta visión hace ver a la ciencia como protectora de la técnica, así, esta relación se la puede graficar con dos círculos concéntricos, en donde el círculo central simboliza la técnica, mientras que el anillo que lo rodea simboliza la ciencia, como se aprecia en el distintivo de la *American Association for the Advancement of Science*, “la idea es que la ciencia nutre, protege a la técnica” (Bunge 2007b). Esta idea

---

<sup>47</sup> A su vez, la técnica puede proporcionar instrumentos para lograr que la ciencia, o mejor dicho que los científicos investiguen de una mejor manera, de ese modo se puede producir nuevos conocimientos. Aunque eso es cierto, esta relación no será analizada en esta ocasión por ser irrelevante a la tesis.

la podemos apreciar en el gráfico 7. Es pertinente aclarar que el propósito del gráfico sólo es de dar la idea de nutrición y protección de la ciencia hacia la técnica, mas no trata de representar cantidad de conocimiento de uno u otro sector.

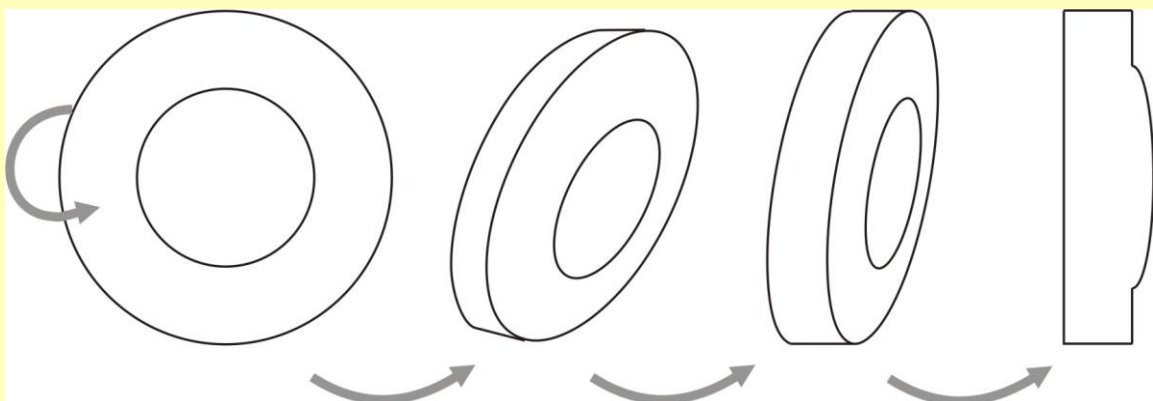
**Gráfico 7: Relación ciencia - técnica**



**Fuente:** Elaborado por el autor

§ 79. Sin embargo, para entender mejor esta relación y comprender mejor el conocimiento técnico, me permito girar esta imagen, hasta ponerla de perfil, como se aprecia en el gráfico siguiente:

**Gráfico 8: Giro de la relación ciencia - técnica**



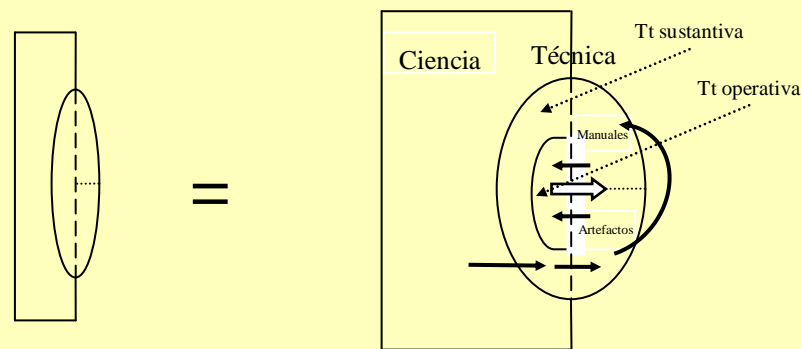
**Fuente:** Elaborado por el autor

Se nota que visto de ese modo, sobresale una pequeña protuberancia que le corresponde a la técnica. Pero ese gráfico aún puede ser confuso, esto se debe a que

necesitamos partirlo para poder ver de una mejor forma la relación ciencia – técnica.

Veamos:

**Gráfico 9: Corte del perfil de la relación ciencia–técnica**



**Fuente:** Elaborado por el autor

Ahora es más fácil reconocer la ciencia y la técnica. Se aprecia también la función de nutrición y de protección de la ciencia para con la técnica. Puede verse además que lo que escapa de la ciencia está conformado por el conocimiento técnico explícito (manuales) y por los artefactos. La zona que está mejor protegida por la ciencia son las Tt sustantivas, la flecha indica que a ella le llega de forma directa el conocimiento científico y se basa en este para poder crear sus teorías, las que traen como consecuencia que se produzcan artefactos. Estos artefactos originan que se les tenga que hacer manuales y, ambos (tanto manuales como artefactos) son necesarios para que las Tt operativas produzcan sus propias teorías de acción, esto está indicado por la flecha gruesa (en el gráfico se nota que no tienen mayor contacto con la ciencia, con excepción de la ciencia formal, pero esto es muy difícil de graficar).

§ 80. Por ejemplo, una teoría científica como la dinámica de fluidos es la fuente que nutre y protege a una Tt sustantiva como la teoría de vuelo. Esta teoría básicamente responde a la pregunta ¿qué hacer para que un objeto vuele? La res-

puesta a esta pregunta es indispensable, aunque no suficiente, para que ingenieros puedan crear artefactos como los aviones o helicópteros<sup>48</sup>. A su vez, la forma correcta en que deben usarse estos artefactos está plasmado en manuales; pero esto no es suficiente, pues este *conocimiento explícito* por sí solo no basta para hacer volar a estos artefactos. También se necesita del *conocimiento tácito* (el saber hacer) o lo que se llama pericia, por parte de quien los conduzca o diseñe un plan<sup>49</sup>. Sólo la dinámica de fluidos pertenece a la ciencia, lo demás se encuentra dentro de la técnica.

---

<sup>48</sup> Nótese que todo este camino es el que tiene que seguir el conocimiento científico para que pueda llegar a plasmarse en artefactos. Es de éstos de los cuales saca provecho la industria, que en nuestro ejemplo pueden servir para trasportar gente, para apagar incendios forestales o, como armas de guerra de destrucción masiva (h 48a). Ni Newton ni Bernoulli quisieron hacer una fábrica de aviones, aún más, los ingenieros se encargan del diseño mas no de manufacturar comercialmente los artefactos, quienes lo hacen son las empresas. Por eso es un error creer que la ciencia, la técnica y la industria sean lo mismo.

<sup>48a</sup> Caso distinto es lo propuesto por el matemático Ruso Pyotr Ya Ufimtsev en su “Método de ondas cortas en la física teórica de difracción”. Este estudio es la base teórica para el diseño y la fabricación de los aviones F 117. Ya Ufimtsev dedujo que aún los aviones grandes podrían pasar desapercibidos por los radares pues la onda rebotada del radar no es proporcional al tamaño del objeto, es decir que un avión con superficies facetadas sería invisible a los radares. Sin embargo, como sabemos gracias a la dinámica de fluidos, tal avión no es aerodinámicamente estable, por lo cual su fabricación no se pudo realizar sólo con el aporte de Ya Ufimtsey y tuvieron que pasar varios años (con varios diseños y varias investigaciones) para que se lo logre construir. La estabilidad que posee ahora este avión se logra gracias al sistema *Fly-by-wire*. Pero no son rentables, motivo por el cual fueron sustituidos por los F 2.

<sup>49</sup> Este es un aspecto netamente técnico, se trata *del hacer*. Un piloto puede saber poco o nada de física, pero puede conducir muy bien un avión. Pudo aprender su habilidad leyendo algunos *manuales* de cómo pilotear un avión o escuchando a su instructor (a las personas que estudian para realizar una actividad se les llama *profesionales*); pero eso no es suficiente, para pilotear de una forma adecuada el avión fue necesario que practique varias veces en simuladores y luego en un avión de verdad, este tipo de habilidades “no se transmiten mediante manuales, sino que sólo se transforman mediante entrenamiento” (Quintanilla 2005, 99). Pero una cosa es saber pilotear un avión y otra muy diferente diseñar una *estrategia de ataque*, esta última sería una Tt operativa, la cual necesita ser elaborada con cálculos (probabilidades de la reacción del otro entre otras cosas) que permitan asegurar la victoria. Este hacer no se representa en ninguno de los gráficos (del 7 al 11) de esta tesis, así como tampoco se grafica la actividad del científico, los gráficos sólo recogen el conocimiento (teorías científicas y técnicas) y el producto de ese conocimiento que pueden ser artefactos y un conocimiento especial sobre estos artefactos (manuales).

§ 81. Finalmente, se puede decir que el ámbito científico está constituido por la unión de ciencia y técnica. Y que la técnica está compuesta por Tt, manuales y artefactos. Todo esto se puede expresar del siguiente modo: **ÁMBITO CIENTÍFICO** = ciencia y técnica, de forma abreviada:  $AC = C \cup T$ . Técnica = {teorías técnicas, artefactos, manuales}, expresado de forma abreviada:  $T = \{Tt, A, M\}$ . Finalmente se puede decir, por la propiedad transitiva, que:  $AC = \{C, Tt, A, M\}$ .

### **El derecho en el ámbito científico**

§ 82. Ahora bien, ya antes indiqué que el derecho tiene una parte técnica (§ 45-§ 47), pero si esto es así, se entiende que lo indicado anteriormente (§ 78) también puede ser empleado en el derecho. Me refiero que una NJ puede surgir de una Tt. Esto puede ocurrir luego de que una investigación (§ 30) haya notado que existe una necesidad de modificación o de creación de una ley, o simplemente se puede presentar cuando un legislador lo crea pertinente. A continuación veamos cómo puede darse eso.

### **La creación de una Norma Jurídica**

§ 83. Del tipo de reglas establecidas en el § 77 (que se originaron de una teoría científica) se puede derivar una NJ. Si un Estado considera pertinente intervenir porque la tasa de suicidios en su población es muy alta y considera que esto es perjudicial, se pueden crear mecanismos mediante los cuales se logre hacer que exista cohesión social. La sanción en este caso estaría destinada a quien, teniendo el deber de realizar todos los mecanismos para permitir que exista esta cohesión, no lo

hace (omisión). Nótese la diferencia con las concepciones antiguas que castigaban al suicida fallido con penas severas, para lo cual se veía al derecho penal como única alternativa posible.

§ 84. Ahora bien, necesitamos saber en primer lugar ¿cómo lograr la cohesión social en una determinada sociedad? Es decir, ¿qué deben hacer un cierto grupo de personas para lograr la cohesión social? Para responder esta pregunta se necesitará de un estudio técnico. Este estudio nos daría como resultado una Tt operativa (§ 71 y § 72) que une el artefacto creado (la norma hecha para tal fin) y las actividades necesaria para hacer eficiente este artefacto. Pero esto no basta, la NJ a crearse debe tener en cuenta que no se vulneren derechos fundamentales de la persona, y además debe seguir un procedimiento establecido para su validez, también debe verse que la norma no vulnere a normas de mayor jerarquía y, la posibilidad jurídica de la sanción a imponerse. Si tenemos en cuenta todos estos factores podemos crear una NJ que puede ser más o menos eficiente (h 45), en este punto habría que analizar cuáles serían las consecuencias no deseadas que traería consigo esta norma, se podría poner a prueba su funcionamiento en pequeños grupos para saberlo.

Esto significa que sólo así (aunque fuera de modo utópico) se puede hablar de Proyectos de Ley que no estén basados ni en ideologías, ni en populismos, ni en buenas intenciones sin base científica. También significa que el jurista necesitará de otros conocimientos (o unirse con personas que los posean) para poder dar una NJ que pretende ser eficiente. Se tiene que aceptar que la *ciencia jurídica*, cuando se propone modificar o proponer NJ necesita de estudios interdisciplinarios para lograrlo, y no se puede decir que las disciplinas que apoyen al jurista en esta misión se conviertan en parte de la *dogmática jurídica*, como lo cree Morales Hervias (2001, 41), sino que el jurista actuaría como todo tecnólogo lo haría; es decir, tendría que hacer uso

de todo el conocimiento disponible que sea relevante para él. Además es muy probable que necesite de otros conocimientos que no se encuentran presentes, pero que pueden obtenerse por investigaciones (§ 72).

§ 85. Es inútil seguir pretendiendo decir que el derecho es ciencia y limitar la labor del jurista, pues esta forma de pensar ha tenido como consecuencia que la CDt (§ 40 -§ 44) no se preocupe en crear o modificar NJ, sino que únicamente se preocupe en interpretar la NJ anteriormente construida y quedarse ahí. Hay que recordar que el jurista (en el sentido de los § 84 y § 86) sería el más capacitado para crear NJ adecuadas<sup>50</sup>.

§ 86. Los manuales de derecho tienen una particularidad especial que hacen que no sean manuales en el sentido convencional, sino que pueden ser investigaciones que den a conocer las falencias de una NJ dentro de una SH (§ 42). Cuando hacen esto, y cuando propongan un cambio basado en estudios científicos de diagnóstico (§ 30) o de otra clase (§ 75), podremos decir que nos encontramos ante una Tt sustantiva.

Lo dicho no es falso, y de hecho una nueva generación de juristas conscientes de sus limitaciones (§ 84) pero ansiosa de lograr trabajar de forma correcta ya lo viene haciendo. Se nota lo últimamente indicado en la investigación de Bringas Flores (2006), quien tuvo que hacer uso del conocimiento producido por la sociología y la antropología para afirmar que, a pesar de no existir jurídicamente un concepto nor-

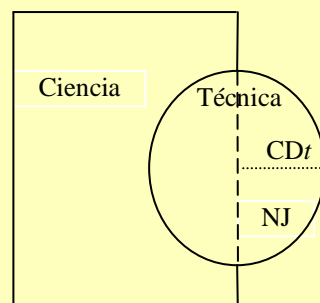
---

<sup>50</sup> Aceptando que la CDt es técnica se puede aceptar la afirmación de Häberle: "Lo que distingue a las ciencias del Derecho de sus hermanas, la filosofía y la ciencia de la Historia, es su específica relación con la praxis: son reclamadas en el caso [...] No valen los subterfugios; el 'sí por el sí' no es una coartada para los juristas" (Häberle 2002, 20). Claro, a pesar de que Häberle confunde ciencia, técnica y actividad profesional (§ 33) se puede considerar válida su afirmación si aceptamos que esos manuales que pudieran aparecer servirán tanto a jueces, fiscales, abogados, estudiantes, etc. Pero todo aquel que ingrese en el SL, no le basta únicamente con estudiar estos manuales, necesita también *saber hacer*, esta actividad es una actividad netamente técnica (h 49).

mativo propio de familia que precise sus elementos normativos, “la concepción jurídica que se tiene en la actualidad sobre la familia no se ajusta a la realidad” (2006, 201). De su estudio nos da las bases para poder sostener que es necesario un estudio que determine las características actuales de la familia peruana. Sobre ese estudio se debe realizar otro que nos diga qué aspectos de ellas merecen ser regulados y cómo. Para que, finalmente se proceda a crear una NJ.

§ 87. Pues bien, como hasta el momento estamos en la capacidad de ubicar de una mejor manera a estos componentes dentro de la relación ciencia-técnica plasmada en el gráfico 9, se puede ubicar una parte del derecho (ver gráfico 2), del modo siguiente:

**Gráfico 10: Parte técnica del derecho en el ámbito científico**



**Fuente:** Elaborado por el autor

## CAPÍTULO 5. CONCLUSIONES

§ 88. La llamada ciencia del derecho tradicional (CD $t$ ) y la ciencia del derecho en sí (CD), no son ciencia, pues sus teorías no se ajustan a la estructura explicativa de las teorías científicas (ver primera conclusión: § 91). La CD $t$  pertenece al ámbito técnico pero la CD no se ajusta específicamente a este ámbito (ver segunda conclusión: § 93 – § 94). Por lo cual se puede decir que el derecho es un tipo de conocimiento propio que escapa a encasillarlo dentro del ámbito científico (ver Tesis: § 89).

### Tesis

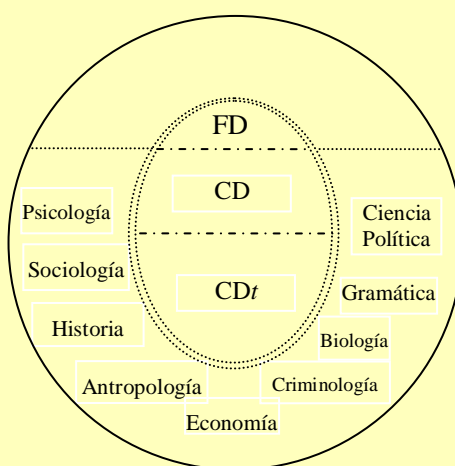
§ 89. **La ciencia del derecho en sí es un tipo de conocimiento propio del derecho que no es ni ciencia ni técnica.** Si bien es cierto que el derecho se nutre de la ciencia (primera conclusión), y que, aunque tiene un alto componente de técnica no puede decirse que lo que acá llamé CD sea técnica (segunda conclusión). Podemos decir que así como existe la ciencia y la técnica, también existe la teología, la ética, la teoría musical (§ 47), la crítica de arte, los manuales de literatura y, el derecho. **Por lo cual se puede decir que el derecho es un tipo de conocimiento propio que escapa a ser encasillado dentro del ámbito científico.**

§ 90. El derecho se encuentra muy ligado a la ciencia y a la técnica, sin ser ciencia pero sí puede ser técnica. De modo tal que si utilizamos la sinécdoque (§ 14), **es correcto referirse al derecho como técnica, mas es incorrecto decir que es ciencia.** Esto se debe a la relación que tiene el derecho con el ámbito científico, en donde



En el ámbito del derecho podemos hablar entonces de tres niveles de estudios y de investigaciones, el inicial es el *hermenéutico* (§.40 -§.42, §.44), sobre él está el *teórico* (§.48 - §.60) y sobre este último el *metateórico* (§.61). Pero, como en el caso anterior, se relacionan entre sí y con otras disciplinas. Esto lo apreciamos en el gráfico 12. En el centro de este gráfico se encuentra la llamada “ciencia del derecho” (CD y CDt), sobre ella la FD; además se aprecia, fuera de este *derecho teórico* a otras disciplinas que le proporcionan sus conocimientos (las líneas punteadas indican eso).

Gráfico 12: La ciencia del derecho con otras disciplinas



Fuente: Elaborado por el autor

## Primera Conclusión

§ 92. **El derecho no puede ser ciencia** por cuanto sus teorías no buscan dar a conocer cómo es la realidad, por ello ni explican (§ 64 y § 68) al delito, ni al acto jurídico. Estas teorías únicamente dan a conocer la forma en que una *conducta humana* puede ser calificada como delito o como acto jurídico válido. Sería ciencia si explicara por qué se produce la delincuencia, pero como vimos, esto escapa a su campo (§ 11 y § 12) pues la sociología, la criminología o la psicología se ocupan de ello a su modo. El derecho tam-

poco explica cómo nacen las ideas y la voluntad. Las respuestas las da la psicología. Tampoco estudia conductas anormales como lo hace la psicopatología.

§ 93. Lo que hace la CD es basarse sobre el conocimiento que le proporciona otras disciplinas para construir sus propias teorías. Por eso es un error decir que el derecho no necesita del conocimiento producido en otras áreas del conocimiento. En este aspecto la CD trabaja igual que las Tt sustantivas.

### **Segunda Conclusión**

§ 94. **La teoría del delito y del acto jurídico no se ajustan a la naturaleza de las teorías técnicas**, por cuanto (1) las Tt sustantivas son un tipo de conocimiento que brindan las bases que permiten pasar de una situación no tan satisfactoria a una que es considerada de mayor satisfacción mediante la creación de artefactos (§ 65, § 66 y § 72), (2) las Tt operativas (§ 72 y § 79) relacionan actividades hombre-artefacto, haciendo uso de la ciencia formal, con la finalidad de tener modos de trabajar que produzcan resultados eficientes. Estos dos puntos no hace ni pretende hacer el derecho en este nivel teórico.

§ 95. Es incorrecto decir que estas teorías son reglas heurísticas, porque las reglas heurísticas buscan no repasar por todas las posibilidades existentes y sólo quedarnos con algunas opciones. Estas teorías funcionan al contrario, son reglas que pretenden cubrir, de forma ordenada, todas las posibilidades que puede tener una *conducta humana* para que sea calificada como delito o como acto jurídico válido. Si bien es cierto, su parecido a las reglas heurísticas es importante, no estoy del todo convencido con encasillarlas plenamente como técnica, porque para que lo sean tendrían que tener algún grado de eficiencia que no poseen.

## ADDENDUM

Esta tesis la sustenté el día 17 de agosto de 2009, luego de ella, y gracias a las preguntas del jurado, me pude dar cuenta de que es necesario que aclare algunos puntos. Creo haberlo hecho el día mismo de la sustentación, pero admito que la tranquilidad que ofrece el escribir pasado ese suceso, me permitirá esclarecer mejor mis respuestas, además que podrán ser conocidas por quienes no estuvieron ese día. También es bueno aclarar que el integro de la tesis no ha sufrido mayor cambio (únicamente de índole ortográfico), por lo que sería la misma que tuvo el jurado.

El primer punto que abordaré se lo agradezco al Dr. Nacarino Carrión, y creo poder resumirlo en estas preguntas ¿existe sólo un tipo de conocimiento? ¿Cómo podemos diferenciar a la ciencia de lo que no lo es? ¿La ubicación del derecho como ciencia depende de lo que se considere ciencia?

El segundo y tercer punto se lo agradezco al Dr. Álvarez Alvarado y consisten en estas preguntas ¿es correcto el nombre que usé de Sistema Legal para uno de los componentes del derecho? ¿Qué puesto ocupa la teoría tridimensional de Reale en mi conceptualización de derecho?

Finalmente, el último punto a aclarar se lo debo al Dr. Castillo Román, y es una pregunta directa a mi tesis, por lo cual es muy pertinente hacérmela ¿es ecléctica mi postura?

## Sobre el Primer Punto

Es cierto que existen diversos tipos de conocimiento. El conocimiento científico es uno de ellos, el técnico o tecnológico es otro; otros tipos de conocimiento son el filosófico, el religioso o teológico, el artístico, es más, las humanidades también son un tipo distinto de conocimiento. Ahora bien, admitir esto no significa que todos los conocimientos sean iguales y que se pueda llamar indistintamente a “algún conocimiento” como técnica, ciencia, arte... Todo lo contrario, si estamos admitiendo que existen diversos tipos de conocimiento significa que podemos diferenciar entre cada uno de ellos, y que, por tanto, no serán iguales. En caso contrario no tendría ningún sentido diferenciarlos.

Ahora bien, si admitimos (porque de hecho es cierto) que un tipo de conocimiento es el científico, entonces significa que este tipo de conocimiento tiene características propias que no las comparten los demás. En el prefacio de esta tesis cité a Lakatos, quien manifiesta que la ciencia ha llegado a ser el nombre del tipo de conocimiento más respetado, de ahí que todos deseen “hacer ciencia” o por lo menos decir que han estudiado una. El problema surge cuando no se acepta que tienen que haber ciertos criterios que nos permitan diferenciar entre lo que es ciencia y lo que no lo es.

La postura ontológica que he optado para diferenciar entre lo que es ciencia y lo que no lo es se llama *realismo crítico*. A lo largo de toda la tesis he lanzado las pautas que diferencian a la ciencia de la técnica (h 8, § 63-§ 80). También he esclarecido el porqué he optado por esta postura y no la hermenéutica (h 29a). De ahí que mi estudio se haya basado en analizar el tipo de información que contiene el derecho en sus

teorías. Pero este análisis tuvo que hacerse con parámetros rígidos que, precisamente, nos permitan saber cuándo una teoría pertenece a la ciencia o a la técnica.

El problema al que me enfrente es que no pude encajar a las teorías del derecho analizadas en ninguna de esos dos tipos de conocimiento, por lo cual las coloqué fuera del ámbito científico. Ahora bien, lo único que esto significa es que el derecho no se lo puede encajar en el ámbito científico, no significa que se deba optar otros criterios para encajar al derecho como ciencia.

El derecho (§ 13) es una técnica, que no posee teorías técnicas como se aprecia en los gráficos 10 y 11, pero que puede poseerlas (§ 83 - § 86). Es cierto que no podemos decir que la TGD y la TAJ sean propiamente teorías técnicas ni manuales, pero este hecho, lo único que nos lleva a decir es que “no es correcto decir que el derecho sea ciencia, pero sí es correcto decir que es técnica” (§ 90).

### **Sobre el Segundo Punto**

Dentro de mi concepción dinámica del derecho, considero como uno de sus componentes al Sistema Legal (SL). La descripción de este SL se encuentra en el § 31, sin embargo se me objeto el nombre de SL por cuanto no incluía a las NJ.

Como lo digo en la h 9, mi concepción dinámica de derecho la hice basándome en diversas características detectadas en otros autores. Específicamente, la actividad jurídica o el SL se lo debo a Mario Bunge, él manifiesta lo siguiente: “un sistema legal concreto (a diferencia de un cuerpo de normas jurídicas) está compuesto por jueces, empleados y jurados, litigantes y testigos, acusados y sospechosos...” (1999, 396).

Puede notarse que Bunge también considera, como un elemento diferente al SL, a las NJ. Esto se debe a que el SL alude a la unión (con la finalidad de resolver

algún conflicto jurídico) entre SH y NJ, y esa es la idea que trato de transmitir cuando me ocupo del SL (§ 31-§ 36). Que es distinto a lo que podría llamar “sistema jurídico”, que sería mi concepción de derecho propiamente (§ 16 y § 17).

Ahora bien, la única dificultad que encuentro en este punto es el **nombre** SL, por cuanto tradicionalmente se incluyen a las NJ dentro de éste. Es decir, esta **sería una discusión terminológica**. Aunque considero importante la observación, es bueno aclarar que cada autor adopta una terminología propia. De hecho, mi noción de derecho es una noción en cierto modo sistémica (§ 18) que, al parecer, no había sido propuesta por nadie, de ahí que no deba medírsela con criterios tradicionales, sino ver su importancia propia y entenderla dentro de sí misma.

### **Sobre el Tercer Punto**

Admito que no he estudiado a profundidad la llamada “teoría tridimensional del derecho” de Reale, esto porque no poseo el libro donde él plasma esta teoría (así es que no puedo decir sus virtudes y defectos). Sin embargo, no considero que su aporte sea significativo para esta tesis, por cuanto él da una definición esencialista del derecho, es decir nos trata de decir ¿qué es el derecho?

Lo que sí hice es cuestionar los criterios de Reale para considerar a la ciencia del derecho (§ 26). Creo haber sido claro y remito al lector a dicha nota.

### **Sobre el Cuarto Punto**

Antes de saber si mi postura es ecléctica o no, es pertinente saber lo que es el eclecticismo. Veamos, Diogenes Laercio introduce el término en la frase *ἐκλεκτική*

*ἀίρεσις* "lo que significa literalmente 'escuela [o secta] seleccionadora' (de ἐκλέγειν) = 'seleccionar' [...] Así, el eclecticismo es un 'seleccionismo' " (Ferrater Mora 1965, 495). Para aclarar un poco más el término transcribiré lo que nos dice Bunge sobre el eclecticismo:

Combinación de concepciones o de escuelas de pensamiento dispares. Existen dos tipos de eclecticismo, el eclecticismo mosaico (o inconsistente) y el sistémico (o consistente). El *eclecticismo mosaico* es un revoltijo o yuxtaposición de concepciones sin atenderá su coherencia interna. Ejemplo: el sistema de creencias de un científico religioso. El *eclecticismo sistémico* combina de un modo coherente componentes tomados de diferentes fuentes. Ejemplos: el racioempirismo y el sistemismo. (2007a, 57)

Espero haber hecho *eclecticismo sistémico* a lo largo de toda la tesis. Pero mi postura propiamente dicha no creo que sea ecléctica. No lo es por cuanto la conclusión es clara: **La ciencia del derecho en sí es un tipo de conocimiento propio del derecho que no es ni ciencia ni técnica. Por lo cual se puede decir que el derecho es un tipo de conocimiento propio que escapa a ser encasillado dentro del ámbito científico.** Sin embargo, y ya que el derecho posee una parte que se encuentra dentro de la técnica pero ninguna dentro de la ciencia, **es correcto referirse al derecho como técnica, mas es incorrecto decir que es ciencia** (§ 89 y § 90).

## LISTA DE REFERENCIAS

- Abanto Quevedo, Mario Lohonel. 2007. Atribución de responsabilidad penal por omisión comisiva sobre la base de criterios de imputación objetiva: tipicidad. Tesis de título de abogado, Universidad Nacional de Cajamarca, Perú.
- Alchourron, Carlos E. y, Eugenio Bulygin. 1993. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Trad. de los autores. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Alexy, Robert. 2003. La naturaleza de la filosofía del derecho. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*. 26: 145-160.
- Alvarado, Carlos. 2005. *Epistemología*. Lima, Perú: Editorial Mantaro.
- Alzamora Valdez, Mario. 1972. *Introducción a la ciencia del derecho*. 5ta. ed. Lima, Perú: Studium.
- Amado Gonzales, Donato. 1998. Reparto de tierras indígenas y la primera visita y composición general (1591-1595). *Histórica* 22,nº2 (diciembre): 197-226.
- Aristóteles. 1951. *Política*. Trad. de Julián Marías y María Araujo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Ascencio Romero, Ángel. 2003. *Teoría general del proceso*. 3ra. ed. México D.F.: Editorial Trillas.
- Atienza, Manuel y, Juan Ruiz Manero. 1996. *100 preguntas sobre conceptos básicos del derecho*. Alicante: Universidad de Alicante.
- Atienza, Manuel. 1999. *Introducción al derecho*. Alicante, España: Editorial Club Universitario.
- Basadre, Jorge. 1999. *Los fundamentos de la historia del derecho*. Lima, Perú: Editorial San Marcos.
- Battista Ferri, Giovanni. 2002. *El negocio jurídico*. Traducción de Leysser L. León. Lima, Perú: ARA Editores.
- Bernasconi Ramírez, Andrés. 2007. El carácter científico de la dogmática jurídica. *Revista de derecho*. Vol XX-nº1 Julio 9-37.
- Boudon, Raymond. 1974. *La crisis de la sociología*. Trad. de José Colomé. Barcelona, España: Editorial LAIA.
- Bramont-Arias Torres, Luis Miguel. 2002. *Manual de derecho penal: parte general*. 2da. ed. Lima, Perú: Editorial San Marcos.
- Briekorn, Norbert. 1993. *Filosofía del derecho*. Trad. de Claudio Gancho. Barcelona, España: Empresa Editora Herder S.A.
- Bringas Flores, Sandra Maribel. 2006. El concepto normativo de familia como postulado necesario para configuración de los supuestos de hecho de violencia familiar. Tesis de título de abogado, Universidad Nacional de Cajamarca, Perú.
- Briones, Guillermo. 2002. *Epistemología y teorías de las ciencias sociales y de la educación*. México D.F.: Editorial Trillas.
- Bullard Gonzales, Alfredo. 2003. *Derecho y economía: el análisis económico de las instituciones legales*. 2da. ed. Lima, Perú: Palestra editores.
- Bunge, Mario. 1982. *Epistemología*. La Habana, Cuba: Editorial de Ciencias Sociales.
- \_\_\_\_\_. 1997. *La investigación científica: su estrategia y su filosofía*. Traducción de Manuel Sacristán. Barcelona, España: Ariel.
- \_\_\_\_\_. 1998. *La sociología de la ciencia*. Traducción de Hernán Rodríguez Campoamor. Buenos Aires: Editorial Sudamericana S.A.

- \_\_\_\_\_. 1999a. *Las ciencias sociales en discusión*. Trad. de Horacio Pons. Buenos Aires: Editorial Sudamericana S.A.
- \_\_\_\_\_. 1999b. *Vigencia de la filosofía*. Lima, Perú: Fondo editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- \_\_\_\_\_. 2003. *Ser, saber, hacer*. México: Paidós mexicana y Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional Autónoma de México.
- \_\_\_\_\_. 2007a. *Diccionario de filosofía*. 5ta. ed. Traducción de María Dolores González Rodríguez. Buenos Aires: Siglo XXI ediciones.
- \_\_\_\_\_. 2007b. *Cómo criar y cómo matar la gallina de los huevos de oro*. Video conferencia para la OUI (Organización Universitaria Interamericana) con motivo de su XV congreso bienal, desarrollado en la Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador, el 13 de noviembre del 2007. <http://nopiedra.wordpress.com/2007/11/15/ciencia-y-desarrollo-en-america-latina-hoy-mario-bunge/> [consultada el 25 de marzo de 2008].
- \_\_\_\_\_. 2008. *Semántica I: sentido y referencia*. Trad. de Rafael González del Solar. Argentina: GEDISA.
- Carlos, Eduardo B. 1993. Proceso. En *Diccionario Enciclopédica-jurídico OMEBA*. t. 23, 291-296.
- Carneluti, Francesco. 2003. *Metodología del derecho*. Buenos Aires: Valleta Editores S.R.L.
- Cicerón, Marco Tulio. s/a. *De las Leyes*. Versión de N. A. Rufino. Buenos Aires: Editorial TOR.
- Courtis, Christian. 1999. Estrategia de nuestra araña. En *Discusión del carácter anticientífico del derecho*. 3-44. Lima, Perú: Editora Jurídica GRIJLEY
- Couture, Eduardo J. 2007. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4ta. ed. Argentina: B de F Ltda. y, Euros editores S.R.L.
- De Soto, Hernando. 2005. *El otro sendero*. Lima, Perú: El Comercio S.A.
- De Trazegnies Granda, Fernando. 2000. *Pensamiento insolente: tres perspectivas académicas sobre el derecho, seguidas de otras insolencias jurídicas*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú.
- \_\_\_\_\_. 2007. Arbitrando la inversión. *Lima Arbitration* n° 2: 148-169. [hTtp://www.limaarbitration.net/LAR2/fernando\\_de\\_trazegnies\\_granda.pdf](http://www.limaarbitration.net/LAR2/fernando_de_trazegnies_granda.pdf) (consultada el 10 de noviembre de 2008).
- Del Vecchio, Giorgio. 1980. *Filosofía del derecho*. 13ra. ed. Rev. por Luis Legas y Lacambra. 9na. ed. español. Barcelona, España: BOSCH.
- Diccionario Jurídico Espasa Calpe. 1998.
- Dilthey, Wilhelm. [1883] 1949. *Introducción a las ciencias del espíritu*. Versión de Eugenio Imaz. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Durkheim, Emile. 2004. *El suicidio: estudio de sociología*. Trad. de Manuel Arranz. Buenos Aires: Editorial Losada.
- Fernández Sessarego, Carlos. 2006. *El derecho como libertad*. Lima, Perú: ARA Editores E.I.R.L.
- Ferrater Mora, José. 1965. *Diccionario de filosofía*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Figallo A., Guillermo. 1993. Las raíces jurídicas de las comunidades andinas en el sistema iberoamericano. *Vox-Juris* 03: 47-74.
- Gaarder, Jostein. 1997. *El mundo de Sofía*. Trad. de Kirsti Baggethun y Asunción Lorenzo. México, D.F.: Editorial Ciruela.
- García Belaunde, Domingo. 1982. *Conocimiento y derecho: apuntes para una filosofía del derecho*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Gardella, Juan Carlos. 1993. Epistemología jurídica. En *Diccionario Enciclopédica-jurídico OMEBA*. t. 10, 418-426.
- Grández Odiaga, José del Carmen. 2008. La teoría del delito. *Primer curso de especialización del en el nuevo modelo procesal penal*, (Cajamarca, 20 al 22 de noviembre de 2008),
- Haba, Pedro Enrique. 1999. Kirchmann sabía menos... ¡pero vio mejor! En *Discusión del carácter anticientífico del derecho*. 47-123. Lima, Perú: Editora Jurídica GRIJLEY.
- Häberle, Peter. 2002. Las ciencias (del Derecho) como forma de vida. *Revista de Derecho Público, Administrativo y Constitucional*. 5 (julio-diciembre): 11- 25.
- Harris, Marvin. 1998. *Introducción a la antropología general*. Trad. de Francisco Muñoz de Bustillo. 7ta. ed. Madrid: Alianza Editorial.
- Hart, Herbert. 1998. *El concepto de derecho*. Trad. de Gerardo R. Carrió. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT.
- Hawking, Stephen, y Leonard Mlodinow. 2005. *Brevísima historia del tiempo*. trad. de David Jou. Barcelona, España: Editorial Crítica.
- Hawking, Stephen. 2004. *A hombros de gigantes: las grandes obras de la física y la astronomía*. (Presentaciones a la vida y obra de Copérnico, Galileo, Newton y Einstein). trad. de David Jou. Barcelona, España: Editorial Crítica.
- Hempel, Carl. 2002. *Filosofía de la ciencia natural*. Trad. de Alfredo Deaño. Madrid: Alianza Editorial.
- Herrera, Enrique. 2006. *Práctica metodológica de la investigación jurídica*. 2da. Reimpresión. Buenos Aires: ASTREA.
- Kelsen, Hans. 1958. La teoría del derecho de Pashukanis. En *Teoría comunista del derecho y del estado*. Buenos Aires: Emecé Editores.
- \_\_\_\_\_. [1960] 1982. *Teoría Pura del derecho*. 2da. ed. Trad. de Roberto J. Vernengo. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Kirchmann, Julius Hermann von. [1849] 1999. El carácter a-científico de la llamada Ciencia del Derecho. En *Discusión del carácter anticientífico del derecho*. 125-155. Lima, Perú: Editora Jurídica GRIJLEY.
- Lakatos, Imre. 1999. *Escritos filosóficos, 2. Matemáticas, ciencia y epistemología*. Trad. de Diego Ribes Nicolás. Madrid: Alianza Editorial.
- Lawler, Diego. 2006. La estructura de la acción técnica y la gramática de su composición. *SCIENTIÆ estudia* 4, n° 3: 393-420. [hTtp://www.scientiaestudia.org.br/revista/PDF/\\_04\\_03\\_03.pdf](http://www.scientiaestudia.org.br/revista/PDF/_04_03_03.pdf) (consultada el 20 de noviembre de 2008).
- Marmor, Andrei. 2001. *Interpretación y teoría del derecho*. Trad. Marcelo Mendoza Hurtado. Barcelona, España: GEDISA.
- Massini Correas, Carlos I. s/a. *Derecho natural y ciencia jurídica: consideraciones sobre la ciencia del derecho como ciencia práctica*. [hTtp://www.uca.edu.ar/esp/sec-fderecho/subs-leynatural/esp/docs-articulos/pdf/massini-correas-01.pdf](http://www.uca.edu.ar/esp/sec-fderecho/subs-leynatural/esp/docs-articulos/pdf/massini-correas-01.pdf) (consultada el 20 de enero de 2008).
- Merton, Robert. 2002. *Teoría y estructura sociales*. Trad. de Florentino M. Torner y Rufina Borques. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Morales Hervias, Rómulo. 2001. *Dogmática jurídica y sistema jurídico: aproximaciones a la sociología y antropología jurídicas*. [www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op\\_20081222\\_01.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20081222_01.pdf) (consultada el 15 de febrero de 2008).
- Mosterín, Jesús y, Roberto Torretti. 2002. *Diccionario de Lógica y filosofía de la ciencia*. Madrid: Alianza Editorial.

- Mosterín, Jesús. 2002. *Filosofía y ciencias*. Lima, Perú: Fondo editorial de la Universidad Inca Garcilazo de la Vega.
- \_\_\_\_\_. 2003. *Conceptos y teorías en la ciencia*. Madrid: Alianza Editorial.
- \_\_\_\_\_. 2006. *Crisis de los paradigmas en el siglo XXI*. Lima, Perú: Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle y, Universidad Inca Garcilazo de la Vega.
- Muñoz Conde, Francisco. 1999. *Teoría General del delito*. 2da. ed. Santa Fe de Bogotá, Colombia: TEMIS S.A.
- Nino, Carlos Santiago. 1989. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Núñez Molina, Waldo. 2008. *La simulación del acto jurídico: teoría y prueba judicial*. Lima, Perú: GRIJLEY.
- Núñez Palomino, Pedro Germán. 1996. *Derecho y Comunidades Campesinas en el Perú (1969-1988)*. Cusco, Perú: Centro de Estudios Regionales Andinos "Bartolomé de Las Casas" y, Centro de Educación Ocupacional "Jesús Obrero".
- Osborne, Grant R. 1991. *The hermeneutical spiral*. Illinois, EE.UU.
- Ost, François. 1999. Ciencia del derecho. En *Discusión del carácter anticientífico del derecho*. 237-250. Lima, Perú: Editora Jurídica GRIJLEY
- Palomino Manchego, José F. 1999. El mensaje de Kirchmann. En *Discusión del carácter anticientífico del derecho*. ix-xx. Lima, Perú: Editora Jurídica GRIJLEY.
- Pasco Dalla Porta, Mario. 2008. *La otra cara de la justicia: desestructuración normativa y sentido de lo justo en la sociedad peruana*. Lima, Perú: Asamblea Nacional de Rectores.
- Pashukanis, Eugeni. 1976. *Teoría general del derecho y marxismo*. Barcelona, España: Labor Universitaria.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique. 1999. Delimitación conceptual del derecho. En *Discusión del carácter anticientífico del derecho*. 3-44. Lima, Perú: Editora Jurídica GRIJLEY.
- Petit, Eugene. 1988. *Tratado elemental de derecho romano*. Trad. de José Ferrandez Gonzalez. Buenos Aires: Editorial Albatros.
- Piscoya Hermoza, Luis. 1974. *Sobre la naturaleza de la pedagogía*. Lima, Perú: Retablo Papel Ediciones.
- \_\_\_\_\_. 2007. *El proceso de la investigación científica: un caso y glosarios*. Lima, Perú: Fondo editorial de la Universidad Garcilazo de la Vega.
- Platón. s/a. *Crátilo*. Librodot.com
- Popper, Karl R. 1994. *Búsqueda sin término*. Trad. de Carmen García Terevijano. Madrid, España: EDITORIAL TECNOS S.A.
- \_\_\_\_\_. 2004. *La lógica de la investigación científica*. Trad. de Víctor Sánchez de Zavala. Madrid: EDITORIAL TECNOS, S.A.
- \_\_\_\_\_. 2006. *La sociedad abierta y sus enemigos*. Trad. de Eduardo Loedel. Barcelona, España: Paidós Ibérica S.A.
- Quintanilla, Miguel Ángel. 1991. *Breve diccionario filosófico*. Navarra, España: Editorial Verbo Divino.
- \_\_\_\_\_. 2005. *Filosofía de la tecnología*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Universidad Garcilazo de la Vega.
- Reale, Miguel. 1984. *Introducción al derecho*. 6ta. ed. Trad. de Jaime Brufau Prats. Madrid: Ediciones Pirámide, S.A.

- Recaséns Siches, Luis. 1993. Filosofía del derecho. En *Diccionario Enciclopédica-jurídico OMEBA*. t. 10, 224-235.
- Roxin, Claus. 1997. *Derecho penal: parte general tomo I*. Trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, S.A.
- \_\_\_\_\_. 2007. *La teoría del delito en la discusión actual*. Trad. Manuel A. Abanto Vásquez. Lima, Perú: Grijley.
- Ruiz Miguel, Alfonso. 2002. *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Madrid: Editorial Totta.
- Russell, Bertrand. s/a. *Los problemas de la filosofía*. hTtp://74.125.47.132/search?q=cache:yll6qzhqkJsapiens.ya.com/enkaipan/index\_archivos/filosofia/problemas\_filosofia.pdf+LOS+PROBLEMAS+DE+LA+FILOSOF%C3%8DA,+RUSSELL&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=pe (consultada el 10 de enero de 2009).
- Santanatoglia, Eliana M. 2006. *La teoría Jurídica de Friedrich A. Von Hayek: sus antecedentes y aportes epistemológicos a la teoría jurídica*. Manuscrito.
- Schwabe, Jürgen, comp. 2003. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*. Trad. de Marcela Anzola Gil. Montevideo, Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, y Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Serrano-piedecabras Fernández, José Ramón. 1999. *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal*. Lima, Perú: Editorial
- Silva Santisteban, Fernando. 2000. *Introducción a la antropología jurídica*. Lima, Perú: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, y Fondo de Cultura Económica.
- Taboada Córdova, Lizardo. 2002a. *Nulidad del acto jurídico*. 2da. ed. Lima, Perú: Grijley.
- \_\_\_\_\_. 2002b. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Lima, Perú: Grijley.
- Tamayo y Salmorán, Rolando. 1986. *El derecho y la ciencia del derecho, introducción a las ciencias jurídicas*. D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Tantaleán Odar, Christian Fernando. 2009. *El Origen Ontológico del Derecho*. Cajamarca, Perú: Edisa SRL.
- Tantaleán Odar, Reynaldo Mario. 2008. Determinación de la nulidad como sanción aplicable a los actos jurídicos incorrectamente estructurados en la legislación civil peruana vigente. Tesis de maestría, Universidad Nacional de Cajamarca, Perú.
- Thagard, Paul. 2008. *La mente: introducción a las ciencias cognitivas*. Trad. De Silvia Jawerbaum y Julieta Barba. Buenos Aires: Katz.
- Torres Vásquez, Aníbal. 1999. *Introducción al derecho: teoría general del derecho*. Lima, Perú: Palestra.
- Terry, M.S. 1990. *Hermenéutica*. Versión española de Daniel Hell y Vicente Mendoza. Barcelona, España: CLIE.
- Turubian, Kate L. 2007. *A manual for writers for term papers, theses, and dissertations*. 7ma. ed. Revisada por Wayne C. Booth, Gregory G. Colomb, and Joseph M. Williams. Chicago, U.S.A.: The University of Chicago Pres.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. 1987. *Tratado de derecho penal (parte general)*. t. 1. Buenos Aires: EDIAR.