

UNIVERSIDAD HISPANOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO
DE LICENCIATURA EN LA CARRERA DE
DERECHO

AXIOLOGÍA JURÍDICA: LEGISLAR MEDIANTE
LA VALORACIÓN DEL BIEN Y APLICABILIDAD
DEL DERECHO

Sustentante: Rahudy J. Rodríguez Soto

Tutor: Walter Muñoz Tuk

Diciembre 2018

Tabla de Contenido

PRESENTACIÓN	vii
DEDICATORIA	ix
AGRADECIMIENTO	x
CAPÍTULO PRIMERO: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	10
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	11
1.1.1. Antecedentes en la teoría de la valoración.	11
1.1.2. Problematización.....	15
1.1.3. Justificación del tema.....	18
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	20
1.3. OBJETIVOS DEL ESTUDIO	22
1.3.1. Objetivo general	22
1.3.2. Objetivos específicos:	22
1.4. ALCANCES Y LIMITACIONES	23
1.4.1. Alcances.....	23
1.4.2. Limitaciones	23
CAPÍTULO SEGUNDO: MARCO TEÓRICO.....	24
2.1. CONTEXTO HISTÓRICO	25
2.1.1. ESCUELA EXEGÉTICA	26
2.1.1.1. Dogma, derecho contemporáneo	26
2.1.1.2. La escuela francesa de la exégesis.	27
2.1.1.3. Marco evolutivo del dogma.....	29
2.1.2. ESCUELA EGOLÓGICA	30
2.1.2.1. Concreción de conceptos	30
2.1.2.2. Evolución del conocimiento en la ciencia jurídica y en la filosofía del derecho	31
2.1.2.3. La egología frente a otras ramas de la ciencia	33
2.1.2.4. Conceptualización y su alcance en la teoría egológica	34
2.1.3. ESCUELA MATERIALISTA.....	35
2.1.3.1. Vertientes	35
2.1.3.2. El materialismo jurídico y los temas actuales de la filosofía del derecho.....	37

2.1.3.3. Ontología jurídica del materialismo histórico	39
2.1.4. ESCUELA POSITIVISTA.....	42
2.1.4.1. Concepto.....	42
2.1.4.2. Derecho positivo y derecho no positivo.....	44
2.1.4.3. Positividad y juridicidad.....	45
2.2. CONTEXTO TEÓRICO.....	46
2.2.1. FACTOR A - SEIN.....	46
2.2.1.1. Teoría de los valores	46
2.2.1.2. Utilitarismo en la teoría de los valores	49
2.2.1.3. Fundamentos de la teoría.....	50
2.2.1.3.1. Principio de cualidad.....	52
2.2.1.3.2. Principio de objetividad.....	54
2.2.1.3.3. Principio de dependencia	55
2.2.1.3.4. Principio de polaridad	56
2.2.1.3.5. Principio de jerarquía.....	57
2.2.1.4. Teorificación de conceptos	59
2.2.1.5. Sobre la ética y la metaética.....	60
2.2.2. FACTOR B - SEIN.....	63
2.2.2.1. El bien y el valor, concreción de conceptos filosóficos.....	63
2.2.2.2. Conceptualización dentro de la Filosofía del Derecho.....	65
2.2.2.3. Naturaleza del valor según su estructura.....	71
2.2.2.4. Estructuralidad	72
2.2.2.5. Ideas afines.....	73
2.2.2.6. El valor y la concepción del mundo	74
2.2.3. FACTOR A - SEIN-SOLLEN.....	75
2.2.3.1. En la Ciencia Filosófica del Derecho, el existencialismo.....	75
2.2.3.2. Teoría del existencialismo jurídico	80
2.2.3.3. El animismo, dentro de la doctrina jurídica	87
2.2.4. FACTOR B - SEIN-SOLLEN.....	90
2.2.4.1. Axiología general. Leyes naturales: el valor intrínseco.....	90
2.2.4.2. Valores y Derecho	93
2.2.4.3. El empirismo frente a la axiología jurídica.....	95

2.2.4.4. La filosofía moral de la ética	99
2.2.4.5. La fórmula	102
2.2.4.6. El concepto de la <i>Lex Iniusta</i> en la ontología jurídica y aspectos metajurídicos	104
2.2.4.7. Responder la conceptualización de la ética	106
2.2.4.7.1. Conceptualización de la ética según Sócrates	108
2.2.4.7.2. Conceptualización de la ética según Aristóteles.....	108
2.2.4.7.3. Conceptualización de la ética según Tomás de Aquino	109
2.2.4.8. La ética dentro de la doctrina kantiana	112
2.2.4.9. La ética en la axiología contemporánea.....	114
2.3. HIPÓTESIS.....	116
2.3.1. Proposición de la doble funcionalidad	119
2.3.2. Relaciones naturales causales: ontología práctica en el sentido estático	120
2.3.3. Relación vertical: positivismo, la norma	122
2.3.4. Derechos no positivos.....	128
2.3.5. Derecho: naturalismo y positivismo	130
2.3.6. La exclusividad en la investigación iusfilosófica: el Derecho Positivo	132
2.3.7. El deber ser (Sollen, Sein-Sollen)	134
2.3.8. Relación dinámica: la actividad legislativa	136
2.3.9. El contenido de la norma: dinamismo jurídico mediante axiología estática ...	138
2.4. OPERACIONALIZACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....	145
CAPÍTULO TERCERO: MARCO METODOLÓGICO	146
3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN	147
3.1.1 Finalidad.....	147
3.1.2 Dimensión temporal	149
3.1.3 Marco.....	150
3.1.4 Naturaleza	151
3.1.5 Carácter.....	152
3.2 SUJETOS Y FUENTES DE INFORMACIÓN	153
3.2.1 Sujetos de información	153
3.2.2 Fuentes de primera mano.....	154
3.2.3 Fuentes de segunda mano	155

4.6.3. Concepto de justicia.....	201
CAPÍTULO QUINTO: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	205
BIBLIOGRAFÍA CITADA Y CONSULTADA.....	211
6.1. EN LIBROS.....	213
6.2. EN TESIS.....	217
6.3. EN REVISTAS.....	218
6.4. EN LEYES	219
6.5. EN JURISPRUDENCIA.....	220
GLOSARIO.....	221
ANEXOS.....	224

PRESENTACIÓN

Bien se hace eco del axioma algebraico, siguiendo el orden de la propiedad conmutativa, donde se establece que: “el orden de los factores no incide en el resultado”; pero, ¿qué resultado daría de un estudio minucioso de los factores?, ¿cuáles son esos factores? y, más importante aún, ¿qué permite definir el valor de esos factores, cuáles son sus propiedades y su idoneidad para ser tomados en cuenta y su posterior trascendencia en un resultado?

La ley de interrelación permite conectar, la relación intrínseca que existe en todas las áreas de desarrollo del hombre y el derecho no es ninguna excepción. Existen factores que truecan pensamientos, interpretaciones y cábalas de distintas legislaciones y actuaciones o jurisprudencia. El jurista hace uso de su raciocinio, no discrepa de las herramientas a su alcance para llegar ese por tanto, a ese juicio cabal acercado tanto a la justicia, como le permitan sus facultades.

Ahora bien, el derecho es una rama de la ciencia interpretativa, que hace razón de su uso en el tanto las interrelaciones del hombre lo subyuguen de una manera intrínseca a su entorno, poniendo de manifiesto extrínsecamente su naturaleza gregaria y dependencia con su entorno.

De tal manera, los elementos que lo rodean, los que en su momento existieron y los que son susceptibles a existir, son los factores que conjugan todo un universo para que una ciencia, como lo es el Derecho, dedique parte de su estudio al valor de estos factores, que la supradicha ciencia denomina bienes. Actualmente, como en siglos pasados en la sociedad romana, se ha creado un sistema normativo que vela por el uso, desuso y existencia o no de los bienes, de

los cuales se considera su aplicabilidad, para someterlo a riguroso estudio. Y es allí donde se presenta el engrosamiento del nudo gordiano.

La problemática la presenta el bien, en la discriminación y aspecto temporal de su uso e importancia, para el desarrollo de la vida común.

¿Qué induce al hombre a prescindir de un objeto o no?

Sin lugar a dudas, el equilibrio de las fases entre una instancia y otra, es relevante en el estudio pertinente, para definir la objetividad, en el valor que el Derecho le otorga a un objeto continente de importancia, en la aplicación *erga omnes*.

Dichos aspectos del bien atañen a la universalidad de calidades, que le permiten una particularidad en su valorización, los cuales se pueden nombrar de acuerdo con el aspecto temporal de su necesidad de uso; algo que fue de suma importancia hace cien años es, quizá, prescindible hoy en día. Incluso de aspectos inherentes en su naturaleza propia, lo que lo conforma como tal; un ejemplo de lo anterior es el caso del arreglo floral tipo Ikebana, el cual no es valorizado por el arreglo en sí, sino en razón de las distintas flores que lo conforman.

Por lo tanto, la valoración del bien es el pragmatismo de una idea, de la necesidad de un ser que entiende su desenvolvimiento, su naturaleza gregaria y que sabe discriminar esa idea.

DEDICATORIA

A Mariela, mi esposa, a mi madre Lucía y a mis hijos Mariel y Raúl, quienes dan el rayo de luz de la inspiración, razón y sentido a cada paso que doy. Quienes resguardan mi soledad y oscuridad con la suavidad de su voz.

En mi desespero, cuidan con su caricia poética las sienas de mi ser; en mi incertidumbre, me guían al horizonte señorial de la calma y en mi vigilia me conducen al resguardo onírico de la paz.

Por todo esto y mucho más, dedico estas humildes líneas con toda la fuerza de mi corazón.

AGRADECIMIENTO

A la excelente persona del Lic. Walter Muñoz Tuk, que con su dedicación, paciencia y buen consejo, supo guiar, desde los primeros pasos en la Facultad de Derecho, mi camino al profesionalismo.

Al profesor, abogado y amigo, cuyos dones de maestro dieron la confianza para avanzar siempre. Mi eterno agradecimiento.

CAPÍTULO PRIMERO:
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Antecedentes en la teoría de la valoración.

Los delgados hilos que mantienen la concatenación de hechos, en que la sociedad actual y no carente de relaciones interpersonales, logre su avance día con día, ubican el estudio en una posición de minuciosidad, de las distintas dimensiones de hechos y caracteres que adquieren el nivel, muchas veces profano, de la imperiosa necesidad de comprender el origen del todo, y para el derecho, atañen ciertas facetas del proceso humano en su entorno.

Dichas relaciones y procesos ocupan la mente del jurista, en detalles como los factores que rodean todo el conglomerado social, de situaciones que atañen a la labor de legislar, aplicar e integrar el derecho, los cuales permiten que se configuren estas relaciones, para lo cual se sirve de las *fuentes reales del derecho* y sus respectivas ramas de estudio. Para el presente trabajo, la rama traída a colación y análisis es la axiología, entendida por Murillo (2015) de la siguiente manera: “El otro elemento importante es la axiología jurídica (que está en la rama de la ética) que se encarga del problema de los valores jurídicos, es decir, aclara sobre los valores que harán correcto un modelo de derecho” (p. 11).

En la dimensión axiológica, trabaja la razón en los aspectos valorativos del objeto, la de elegir, la estimativa del comportamiento humano, acude en múltiples raciocinios del arte, previos a emitir todo juicio. La actividad estética se mantiene en los finos deslindes que la distinguen, sin separarla de las dimensiones ontológicas, trazando así un aspecto psicológico del juicio de valor (Haba, 2010).

El factor inherente es el *bien*, pero a la base fenomenológica del discurso, para emitir un juicio sobre la valoración, le es pertinente la observancia ontológica de

quiénes, qué y cuáles van a ser, elementos sustanciales en la aplicabilidad del estudio respectivo. Dicha valoración vendrá a ser plasmada con respecto a la funcionalidad en la norma y esta será trascendente en el mundo jurídico, a partir de la importancia del bien, en el desarrollo de las funciones sociales del hombre en su espacio determinado, tanto en tiempo como en forma, en los ámbitos de lo real y lo ideal. Bartolotti (2011) lo define en los siguientes términos: “Una segunda idea que podemos extraer de esta clasificación es que acepta la distinción de la doctrina axiológica entre la realidad y la irrealidad y que dentro de esta última categoría debemos separar los valores de los objetos ideales” (p. 13).

La norma y cuerpo normativo existente, velan por la practicidad y movimiento coordinado, de las distintas razones de permanencia del ser como sujeto uno y único en sociedad. Por ello, a pesar de que la norma es el resultado final del par ordenado entre derecho y sociedad, el estudio de este permite la diferenciación del bien, objeto del debate y la norma sustancial que lo ampara y atiende las necesidades de ubicación, génesis de toda interrelación humana. Ambos, *bien* y *norma*, tienen un común denominador que se traduce como *valoración*. La doctrina que Calderón (2013) concluye:

“Dentro de ese contexto de la modernidad, ya sea que se le analice como época o como proyecto, las relaciones propietarias de inclusión o exclusión, las formas de apropiación y uso de los bienes, la articulación de forma, valores y bienes resulta esencial. No puede hablarse de modernidad, sin entender la forma como en ella se verifica una sociedad jurídica, que a través del revestimiento en las formas de sus instituciones, enlaza bienes y sujetos en la persona del propietario; eleva a este y sus valores en la línea de definición de

lo social, y demarca desde allí la pertenencia o no de los sujetos a ese modelo social". (p. 330)

Sin embargo, la valoración llega desde los distintos puntos de referencia que existen, para delimitar la importancia de un objeto en la sociedad contemporánea. Puntos como la naturaleza, la propia existencia y todo aquello que la compone, hasta llegar al tema de la utilidad, incluso tomando de referencia otras corporaciones interhumanas a través de la historia y su valoración respectiva, conforme a ese objeto, a partir de su importancia en esa sociedad y el Estado en su faceta de garante de los derechos del pueblo, los cuales definen Fernández y Paniagua (2016): "Los Estados deben adoptar medidas para lograr progresivamente y por todos los medios apropiados -especialmente la adopción de medidas legislativas- la promoción y el disfrute de los derechos humanos de la ciudadanía en su jurisdicción." (p. 13)

¿Fue prescindible tal objeto en esa sociedad y es hoy de suma importancia o viceversa? ¿Qué lo determina?

Encaminando una respuesta, Díaz (2013) define: "El orden social no es estático ni establecido de una vez para siempre. Es dinámico, pero su movimiento no es anárquico, tiene una dirección y un sentido, parcialmente afín con los imperativos del orden vigente." (p.37)

En este sentido, el rumbo de ideas deja en claro los factores inherentes a la investigación: a) la sociedad, en su constante dinamismo, es la generadora (*erga omnes*) de las necesidades del hombre ya que, según su naturaleza gregaria, este se plantea interrogantes que atañen a la justicia y al orden ético, del marco jurídico que le otorga seguridad y paz social; b) en este proceso prescinde,

generaliza o da una importancia determinante, a factores que influyen en su entorno diario, factores propios de la realidad o el mundo inmaterial de las ideas, por antonomasia, los derechos fundamentales y, c) este tratado es tricípite, la dinamisidad misma de la sociedad lo reviste de este carácter, el tiempo juega un papel fundamental en la valoración. Un ejemplo claro de ello son los constantes avances tecnológicos y científicos. En los tiempos actuales, se emplean términos que los abuelos no conocieron y hoy marcan el acontecer diario, pues repercuten en el comercio, la educación y la legislación.

Por ende, cabe preguntarse: En el campo de la axiología contemporánea, ¿incide el juicio de valor en la legislación? ¿Responde a los valores éticos actuales tal juicio de valor? ¿Cuál es su marco de referencia y qué factores toma para establecerlo?

1.1.2. Problematización.

Hace cuarenta años, el internet era sólo una sencilla red, que conectaba las computadoras de tres universidades en Estados Unidos y utilizaba comandos y protocolos simples. Por tal motivo, no existía la idea remota de legislar al respecto; hoy, se realizan incluso transacciones de dinero e información de traspasos de propiedades ante el Registro de la Propiedad, contratos de compraventa y el mismo internet constituye un producto que se consume en los hogares. Ahí nace una importancia.

Para Bernal (2010) el problema es todo aquel punto álgido que conduce a una profunda reflexión, del cual nace la necesidad de conocer y por lo tanto, de estudiar. Y en el ámbito jurídico, ese estudio se traduce como el positivismo de la ley, ahí radica su importancia.

La relevancia de algo para la sociedad, lo lleva a ser regulado por aspectos de publicidad ante terceros, con lo cual se hablaría de propiedad. El fin al que se destina el objeto rige, de manera directa, en el juicio que se somete a la razón; como sinécdoque de lo anterior podría tomarse de argumento los bienes demaniales, que a la sazón, se destinan para un fin común o en sociedad, previo raciocinio sobre su utilidad.

Enlazada a esto surge la interrogante sobre la naturaleza misma del objeto, ¿cuentan todos los bienes, sujetos a una valoración, con la corporeidad para ser tangibles mediante los sentidos? ¿Permite el derecho vincular un bien no corporal, a la urgencia práctica ligada a las relaciones interhumanas actuales?

El pensamiento mismo es un bien preciado para la materia del Derecho; puede definirse también de urgencia práctica para el Derecho, como lo es la propiedad intelectual.

La ciencia interpretativa del Derecho lo ubica como teorema posterior al desenvolvimiento continuo de la sociedad. La misma evolución que presenta el hombre en comunidad, así como las relaciones con sus semejantes, le permiten al jurista tomar para su estudio la materia prima pertinente, dirigida a una valoración con un enfoque intersubjetivo y determinar lo que conlleva un juicio.

El hombre en su estudio es humanista, entiende y comprende que tanto él como su entorno entran en el ámbito del descubrimiento e investigación, sin dejar de lado cuestiones que le son de sumo interés; cuestiones que responden al éter, lo intangible, lo que se conoce como el todo: se trata de la metafísica de su ser como las situaciones que conforman el futuro, cuando éste ya no exista pero prevé la norma para generaciones emergentes. Se habla también de la teología, o sea su relación con la divinidad, el origen divino e incluso con la religión y la ortodoxia. Indudablemente, el ser humano es un ser intelectual, que aplica las herramientas de la razón para alimentar su desvelo por conocer.

Este intelecto lo mantiene siempre en la funcionalidad y actualidad del mundo de las ideas, y no es de extrañar que establezca ciertas reglas sociales, a partir de todo aquello que conforma el entorno y campo de acción de la comunidad.

Precisamente la naturaleza gregaria del hombre es, el motor primigenio para toda existencia y todos los campos inherentes de la sociedad. La razón es social en el tanto que la misma comunidad es actual, no inerte y presta la totalidad de su acción al estudio del Derecho, de una forma filosófica.

Las presunciones del Derecho sobre la sociedad están siempre ligadas, y como se ha dicho con anterioridad, a una evolución desde que se enfocan las ideas nacidas en el trascendentalismo de estas, ya en un nivel normativo. La experiencia indica lo que el ser humano necesita, lo que lo ocupa en su cotidianidad, para que no entorpezca la función normal del quehacer humano.

El presente estudio abarca, lo imperante de la valoración de los bienes en el mundo del derecho, qué lo constituye, cuáles son los aspectos por tomar en cuenta para emitir el juicio de valor.

Si el resultado es el marco normativo que regula las experiencias y relaciones entre los sujetos de la sociedad, aquí se estudiarán los factores que llevaron a regular su importancia en la comunidad, su nacimiento e incorporación al mundo del derecho, como lo son la historia y evolución de la sociedad y su pensamiento y necesidades, los bienes que adquieren importancia para la sociedad y los que dejan de serlo.

Se analiza el impacto directo que producen estos bienes en la norma posterior y el lugar que ocupan en un nivel teórico. Se define una relación de espejo entre los ámbitos estáticos y dinámicos del derecho, abarcando la conducta humana y el estudio del derecho, además del lugar del bien y su valoración relacional, sin apartar el detalle del objeto, definido como bien, en su naturaleza, existencia y trascendencia en el mundo jurídico.

1.1.3. Justificación del tema

En términos de plusvalía, la palabra “valor” adquiere un concepto meramente pecuniario, traducible a un monto monetario de papel moneda (Marx, 2014). Constantemente se oye decir que el valor que los bienes como tales, y dentro del comercio de los hombres, es equivalente a un precio en el mercado como bien transigible, fungible o no; empero, a la filosofía no le es competente mutar el bien en un monto pecuniario.

En filosofía se habla de “valor” en las distintas dimensiones de la acepción etimológica de la palabra, que atañen a la conceptualización que entra en concordancia con otras acepciones y estas, a su vez, le otorgan el plus ultra de la idealización generalmente aceptada. El concepto valor se califica como “moral”, tal como Kant expone en su *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Kant, 2006). Para Kant, la concatenación entre el valor y la moral abarca un campo tan importante en la ética, que se refiere a esta conjugación, como “el valor auténticamente moral” (*echt moralischer Wert*) (Kant, 2006)

El pragmatismo que se busca otorgar al término elimina el dogma, que cae como halo sobre la figura del valor e intenta llegar a la verdad real, que esconde todo cuanto versa alrededor del juicio emitido para valorar. Esto es la teoría de los valores.

Característico de esta teoría es que no solamente se usa el concepto de valor, sino que se procede a reflexionar sobre este, es decir, se procede a determinar la naturaleza y carácter del valor y de los llamados "juicios de valor".

Al legislador le es pertinente la presunción axiomática, para determinar su posición en el anteriormente llamado “juicio”, de esto dependen el positivismo y

las ramas dinámicas del derecho. De aquí se desprende el cuerpo y alma de la norma, lo que nutre al derecho como ciencia interpretativa y valorativa.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

La formulación del problema, según González: “Consiste en la redacción corta, clara, precisa y concisa del problema central de la investigación. Se plantea una síntesis de lo que trata el problema de investigación. Para esto, debe tomarse en cuenta que se debe redactar en forma de pregunta, y estableciendo la relación entre un mínimo de dos conceptos, factores o variables de investigación” (González et al, 2018, p.15)

¿Incide directamente la valoración del bien, en los taxativos de un cuerpo normativo sustancial contemporáneo?

En la aplicabilidad del derecho, hoy día como a lo largo del tiempo, la norma viene *a posteriori*, al hecho que se trata de regular. Aunado a esto, se presentan las características que conforman ideas y son transmitidas de generación en generación. Ideas de conceptos básicos como el bien o el mal, frío o caliente, etcétera, con la base para el raciocinio pertinente en el juicio de valor.

Ahora, dicho tema y su carácter filosófico abarcan una gran cantidad de personas, que configuran el ámbito social del cual se nutre el derecho, pero el estudio minucioso de la valoración lleva a pensar y delimitar, en gran medida, el campo de estudio.

Las últimas dos décadas de producción legislativa abarcan un sistema de valoración, donde se trata de velar la tipicidad y tutela en la norma; sin embargo, entra en juego la variable comparativa, que nace en los cien años anteriores al sistema utilizado hoy en día. Tratar la naturaleza de los factores de la sociedad, que llevan a tomar una postura seria en el ejercicio de legislar, conlleva el

tratamiento de que dichos factores sean importantes o no, para el desarrollo del bien común de la sociedad.

El campo de estudio por considerar, en la presente investigación, abarca los sistemas de valoración desarrollados en los últimos veinte años, a fin de tomarlos para el análisis de las teorías de valoración, surgidas un siglo atrás en la historia y desarrollo de la teoría del derecho.

1.3. OBJETIVOS DEL ESTUDIO

Bernal (2010) afirma respecto a los objetivos de estudio: “Un aspecto definitivo en todo proceso de investigación es la definición de los objetivos o del rumbo que debe tomar la investigación que va a realizarse. Así, los objetivos son los propósitos del estudio, expresan el fin que pretende alcanzarse; por tanto, todo el desarrollo del trabajo de investigación se orientará a lograr estos objetivos.” (p. 97)

1.3.1. Objetivo general

En un enunciado claro y preciso se describe lo que se pretende con la investigación (Álvarez et al, 2015).

1. Cualificar la injerencia de la axiología clásica en los factores de la sociedad contemporánea, a partir de los patrones de relación que existen entre los aspectos activos y pasivos del derecho, según la teoría del derecho y su posterior positivismo en la norma sustancial, por medio del juicio de valor.

1.3.2. Objetivos específicos

Desprendidos del objetivo general, varios puntos de partida cuyo objetivo es la orientación al logro de la investigación. (Bernal, 2010)

1. Comparar los distintos factores de evolución de la sociedad, que han marcado la valoración del bien a través de la historia.
2. Estimar la evolución del derecho, para los juicios de valor que imperan hoy en día.

3. Establecer los aspectos dinámicos y estáticos del derecho, en el ejercicio de los juicios de valor.
4. Planear un sistema, basado en la comparación de las teorías de juicios de valor, para la tipicidad del bien en la norma.

1.4. ALCANCES Y LIMITACIONES

1.4.1. Alcances

En el presente trabajo se pretende abarcar los juicios de valor, amparados en las teorías que respalden al jurista y al legislador, en el momento de plasmar la verdad real de los valores en el cuerpo normativo. Busca una vía distinta de raciocinio, en el tratamiento de los bienes dentro del derecho.

1.4.2. Limitaciones

Precisamente, al tratar los bienes de una forma procedimental, el juicio de valor llega hasta allí, no le es competente más allá del positivismo del derecho. No cubre la aplicabilidad ni la interpretación de la norma por parte del juez, los juristas y demás interesados, con amparo en un cuerpo normativo.

CAPÍTULO SEGUNDO:
MARCO TEÓRICO

2.1. CONTEXTO HISTÓRICO

En este capítulo se desarrollan los temas y subtemas, en relación con la temática del problema de investigación, los objetivos y sus correspondientes categorías de análisis.

Es el resultado de la selección de teorías, conceptos y conocimientos científicos, métodos y procedimientos que se requieren, para conformar el contexto teórico- práctico en que se fundamenta la investigación.

2.1.1. ESCUELA EXEGÉTICA

2.1.1.1. Dogma, Derecho contemporáneo

La iusfilosofía contemporánea, la conceptualización de ideas concatenadas al sistema filosófico clásico, generadas a partir de los distintos significados que subyacen en el dogma dentro de la iusfilosofía, rememora la sistematización encaminada a solventar el paradigma de la epistemología jurídica. Ergo, el planteamiento del problema acerca del objeto, método y límites de la disciplina del Derecho; sin embargo, acotar conceptos que encuentran su vertiente más en la *gaya ciencia* de la filosofía, que en la filosofía jurídica, permite subrayar la trascendencia del abanico epistemológico, en la doctrina jurídica.

Dicho génesis no se libera más que en las pocas discrepancias entre filósofos de tiempos que abarcan la Época Moderna hasta principios del siglo XIX, que, bajo la tesis kantiana de la separación entre moral y derecho, funda las bases del proceso ideológico, anterior al pensamiento jurídico contemporáneo.

Consecuentemente, el historicismo jurídico se alza más tarde con el carácter inviolable de la norma jurídica extraída del derecho positivo y que fue fiel acervo del derecho natural, en tiempos que tal rúbrica imperaba entre los académicos que otrora impartían justicia.

2.1.1.2. La escuela francesa de la exégesis.

De la época modernista francesa, cuyo pensamiento era inspirado por la seguridad jurídica, se extrae la acotación de una necesidad por dotar, no sólo de eficacia sino también de verdad, aquellos logros obtenidos por la revolución, tanto fáctica como ideológica, a través de su obra cumbre dentro del racionalismo: su Código Napoleónico. Nace intrínsecamente la escuela exegética, cuya materia se puede especificar en: a) un estudio íntegro del texto de la ley, b) a la hora de elaborar el derecho positivo, el legislador busca intencionalmente el sustrato del texto legal de forma íntegra y literal, c) la base de su doctrina es netamente estadística. D) y en su análisis más importante, esta escuela presenta la dicotomía imperante en su enseñanza, esta es la *contradictio* naciente de sus teóricos y defensores, entre la idea de la presencia necesaria del legislador, en el momento de crear la ley y la existencia metafísica del derecho (derecho natural) resultante de sus autoridades y predecesores.

Al respecto, Rousseau afirma: “Comiézase por buscar aquellas reglas que, por la utilidad común, serían buenas para que los hombres las reconociesen, y al conjunto de estas reglas se lo da el nombre de ley natural, sin otra prueba que el bien que se supone resultaría de su aplicación universal.” (Rousseau, 2002. Pág. 10)

En su aplicación, la doctrina exegética consta de la bifurcación de métodos. Primeramente se cita el analítico, que se llama exegético; su campo de estudio se reduce a la rama civil del Derecho, centrando en el Código Civil su aplicación, e igualmente apunta al orden subyacente de la norma, cuyo pragmatismo se finaliza

con un comentario condensado de los textos legales. Mas, siendo este uno de los más aplicables, en la metodología exegética se contempla la vertiente dogmática.

El representante exegético, que ampara su estudio en el dogma o jurista dogmático, considera pertinente que el primer momento o movimiento jurídico lo constituye el código, enfocando el estudio del Derecho como ciencia, tal y como lo consideran los representantes del método analítico; sin embargo, en su segundo movimiento o momento, deja de lado el orden subyacente y centra su atención en la intención del legislador (consciente o inconsciente) de la idea original de crear, en una construcción nueva de la vida social codificada. A este método se le aplican nombres como científico o racional y su logro posterior lo constituye la obra que llama tratado.

En resumen, el conocimiento de la conceptualización dogmática se independiza del resultado egológico, en el cual la conducta humana entra en interferencia intersubjetiva, con lo cual, se dictan los límites que propone la doctrina exegética, así como la *begrijfsjurisprudenz* alemana.

2.1.1.3. Marco evolutivo del dogma

Lo descrito anteriormente entra a colación en un análisis longitudinal de acontecimientos, a través de la historia de la ciencia jurídica, en la cual los objetivos científico-jurídicos alcanzados dos siglos antes de los objetivos científico-matemático-natural del Derecho, se desarrollaron mediante el alcance de la línea imperativa de la Iglesia Católica durante la Edad Media. El nacimiento de la hegemonía estatal y su contemplación, de un poder único de la labor legislativa, constituyen una idea originaria hasta ese momento; por lo cual, desde una esfera privada, el derecho estatal gira en torno a la axiología predominante del momento. En el siglo XIX se nutre más esta idea, con el paso del teocentrismo medieval al antropocentrismo moderno, sintetizado en el establecimiento de nuevos conceptos de moral y derecho contemporáneo.

2.1.2. ESCUELA EGOLÓGICA

2.1.2.1. Concreción de conceptos

El comportamiento conceptual que presenta vocablos traídos a colación por necesidad integral, como egología y egológico, presentan un significado que atiende más al estado de la materia del derecho, como ciencia filosófica, que a la definición netamente filosófica que se puede encontrar en la practicidad. Dicho esto, el punto de partida está en el sentido etimológico del “ego” y el “logos” (conocimiento del yo), y tratando de seguir las pautas marcadas líneas atrás, una idea de que en este racionamiento jurídico, el sentido del término se puede extraer de la fenomenología misma, ya que el autor (el término autor se puede colocar de manera correcta en la relación que cuenta en esta interrogante, ya que recalcar que existe autoría es imperativo para iniciar) debe comprender estos actos dentro de la dinámica jurídica. Pero la autoría no basta para establecer la vinculación de hechos jurídicos, se necesita revestir a la autoría de egología, por tanto conocimiento. Dicho conocimiento se debe a los aspectos ónticos del sujeto y su vertiente necesaria: el conocimiento ontológico.

De lo anterior se deduce, que el autor, ante la lupa fenomenológica es elemento con autoría y egología.

Resulta importante que el tratamiento de la doctrina de esta escuela parte desde la complejidad del tema. Taxativamente ha de establecerse conceptos propios de la teoría, para indicar con mayor precisión las diferencias y semejanzas de los enunciados de esta ideología, en contraposición o en complemento de la línea filosófica de igual naturaleza, para lograr la tarea de aprehender elementos cognoscitivos del derecho y la materia filosófica.

2.1.2.2. Evolución del conocimiento en la ciencia jurídica y en la filosofía del derecho

Al tratar los primeros fundamentos de la teoría que se está tratando, bien podría iniciar este acápite con la necesidad, por parte de la mayoría de los juristas, de llegar al conocimiento de la verdad empírica en el derecho positivo, mucho de lo cual es expuesto en la forma debida y marca en gran medida el punto de partida, en el cual se han basado los primeros.

En el derecho positivo, dentro de su ontologización, derivan distintas corrientes que tratan de introducir en el estudio del derecho, los diferentes métodos aplicados a la comunidad de las ramas del saber. A partir de este entronque, en común con materias como la matemática, la psicología y la historia, se empiezan a dilucidar las divergencias, planteadas en el paradigma del derecho como ciencia.

Como idea *a priori* en cuanto al estudio, el conocimiento jurídico de su corriente dogmática es normativo; sin embargo, en el raciocinio propio del positivismo de la ley, se niega automáticamente que el derecho sea una ciencia jurídica ya constituida, por lo que el silogismo imperante en el cual se puede apoyar toda teoría, es decir: fenomenológicamente, en la materia jurídica los fenómenos son aprehendidos como esencia misma con la epojé husserliana.

Lo que resulta, encaminando la línea de ideas, en una transfiguración de la filosofía del derecho, en filosofía de la ciencia del derecho.

Ahora, resulta clara para cualquier jurista la relación imperante y naciente de la ciencia y el derecho presupone la existencia *a priori* de la primera.

Allanando el camino para cualquier teorización subyacente, clara debe ser la idea de supra ciencia de la filosofía ya que en ella se encuentra la esencia misma

de cualquier estudio. Se encuentra entonces, un axioma propio de esta escuela, el que la figura necesaria, de la dogmática del derecho, da validez intrínsecamente a cualquier filosofía jurídica.

Con el nacimiento de la teoría egológica, se encaró primeramente la dogmática del derecho como ciencia ir profundo al potencial de la ciencia del derecho, en su perfeccionamiento más próximo; como muestra de ello están los principios, que surgieron de la inquietud científica de comienzos del siglo XIX.

2.1.2.3. La egología frente a otras ramas de la ciencia

La teoría egológica considera que la sentencia judicial es el hecho jurídico por antonomasia y, a partir de este postulado, reconocido implícita o explícitamente por todas las corrientes jurídicas modernas, la reduce fenomenológicamente, delimitando su esencia genérica (Derecho) de su esencia específica (sentencia). Esta reducción lleva al autor a la conclusión de que "el Derecho es una manifestación de conducta dentro de una interferencia intersubjetiva".

Fenomenología de la sentencia: El aspecto metafísico de la sentencia entra en la relación juez-derecho-sentencia, sin llegar a conocer nuevos campos, conocidos en la ciencia del derecho como tal; sin embargo, el hecho trascendental de la ciencia del derecho lo constituye la decisión judicial ya que desde tiempos inmemoriales, el fin único del laudo o sentencia es la resolución de conflictos particulares en un nivel privado o Estado-sujeto. Pero trata esta escuela también del aspecto ineludible, de que los jueces, a través de los siglos, han enfrentado la problemática jurídica sin recurrir a un criterio netamente científico, por lo que puede deducirse, que nunca se llegó a profundizar en el contenido mismo de la actividad y por ende, se han ignorado muchos aspectos psicológicos, estadísticos e historiográficos de la conducta humana.

2.1.2.4. Conceptualización y su alcance en la teoría egológica

El conocimiento en la ciencia jurídica imbrica en que un fenómeno es, porque existe plena idea realmente, con esto se trata de determinar el accionar de los aspectos conceptuales, denominados dentro de la teoría.

Necesariamente, se debe hablar de la conceptualización recíproca que existe en tanto la conducta, concepto apto que deviene de la norma, es una conducta si se ubica dentro del conocimiento jurídico y a su vez, el conocimiento pasa a integrar la conducta en sí, dotándola de dependencia dentro de la materia jurídica.

Ergo, la conducta se integra con el pensamiento y el pensamiento, mediante una acción reflexiva da cabida a que la conducta se dé, ya que se contempla dentro de la existencia del último; por tanto, el primero no se da sin la segunda y la segunda es resultado directo del primero.

La doctrina intrínseca, naciente del pensamiento de esta escuela, bifurca su pensamiento en dos propósitos inmediatos: a) llevar la filosofía del derecho plus ultra, dotándolo de carácter de ciencia y por tanto, conceptualizando la filosofía de la ciencia del derecho y, b) estructurar esta conceptualización como una verdadera ciencia.

2.1.3. ESCUELA MATERIALISTA

2.1.3.1. Vertientes

La tesis materialista o también llamada economista jurídica, encuentra su principio genesiaco economista del derecho, a través de la forma como el materialismo histórico da, la conceptualización propia de los fenómenos jurídicos. El apriorismo de una doctrina económica, en la ciencia del derecho, encuentra su asidero en las siguientes observaciones:

1) La naturaleza y el comportamiento que presenta el rol de los fenómenos económicos, con respecto a los que se desempeñan dentro de la ciencia fenomenológica jurídica, *id est*: se encuentra una actitud análoga en los pensadores premarxistas y en los que mantienen una línea de pensamiento postmarxista y que se han desenvuelto de forma autónoma, en relación con la teoría central de Marx. Con ello se define que la tesis marxista no es absolutamente original.

2) El radicalismo propio que se encuentra en la tesis de Marx y que la influencia directa de los fenómenos económicos sobre la ciencia jurídica no debe ser menospreciada, por el simple hecho de que esta tesis no tuviera originalidad en la historiografía de la evolución jurídica, al contrario, se encuentra su fundamento en la propia naturaleza radical de la teoría, ya que sienta las bases de la determinación económica, que pesa sobre el hecho jurídico.

3) El rasgo tercero que se puede recalcar, sobre la teoría de Marx, y que lo diferencia de otras doctrinas deterministas, es que este dota la materia de una estructura dialéctica, ubicable dentro del determinismo marxista. En este, el

esquema de "causa-efecto" se ve reemplazado, gracias a esta dialéctica, o la posición de "acción-reacción"; en términos más claros y siguiendo las pautas de un marco generalizado sobre las condiciones económicas, el derecho no se relega a un papel netamente pasivo, ya que esta influencia puede darse de forma inversa, e influir sobre planos reservados a la materia económica. Por lo tanto, el materialismo aquí planteado, con respecto a otras doctrinas del determinismo económico, se trae a escena versando siempre sobre la sutileza de esta teoría.

2.1.3.2. El materialismo jurídico y los temas actuales de la filosofía del derecho

Establecer que en la actualidad, la presente doctrina del materialismo jurídico en su panorama más detallado no es el afán de estas líneas, estas se trazan como respuesta a problemas emergentes, que se presentan hoy en día, en las disciplinas filosófico-jurídicas. En un estudio empirista de la problemática histórica que se plantea, es útil destacar los enunciados de una de una doctrina en función misma del problema; sin embargo, en las condiciones actuales, en que se somete a la investigación histórica, resulta de mayor utilidad si se trata con respecto a los enunciados que se citaron, para ubicar en el estado actual de problema iusfilosófico, el cual se trata de dilucidar. Como resultado de lo anterior, se puede considerar *a posteriori* que la doctrina materialista del derecho se debe concebir dentro de la especulación filosófica-jurídica contemporánea: lógica, gnoseología, ontología y axiología jurídica.

De acuerdo con Freud: “como sea, determinar el valor de verdad de un enunciado normativo (es decir, si es verdadero o falso) es un asunto que pertenece, más bien, a la epistemología del derecho...” (Freud, 2007. Pág. 20). En este caso, la cita resulta demasiado corta para entablar una lógica jurídica con base en sus enunciados, pero el jurista indica, de manera muy puntual, que al prescindir del uso de los enunciados, la lógica jurídica se debe enfocar de manera formal, estudiar la estructura, haciendo referencia al objeto de forma nula o mínima. Al puntualizar la utilización de la lógica jurídica, dentro de la doctrina materialista, ha de definirse esta desde la teoría de la norma y como se estableció

anteriormente, la estructura formal del conocimiento normativo jurídico. Sin embargo, prima la acotación que versa sobre el materialismo jurídico; hizo falta una contribución significativa a la disciplina. Esto se debe a que dichos estudios, desde el aspecto normativo, son posteriores al nacimiento de las ideas centrales del materialismo jurídico y es por esto que en la actualidad, son fuente de diversos debates entre los especialistas.

De lo anterior es posible deducir, que dicho análisis normativo es relativamente reciente y que ha de apreciarse como un análisis lógico-jurídico.

Epistemología y gnoseología jurídica (teoría del conocimiento) son disciplinas en las que se retoma el conocimiento del objeto; sin embargo, al apartarse del sentido formal del estudio, se pueden introducir problemas clásicos de ambas teorías, dotándolo de la peculiar inflexión del ámbito jurídico. Por tanto, se trata en esta vertiente del origen, esencia, posibilidad, formas de conocimiento y el tratamiento de la verdad en materia de gnoseología jurídica. En la ambivalencia del materialismo jurídico, se crean teorías, como la “ideología”, pertinentes a ser ubicables dentro de la gnoseología.

Sin embargo, en apartados anteriores se hace referencia a otras materias, dentro de la materia jurídica, tales como la ontología jurídica y su estudio del ser o realidad de lo jurídico, así como la axiología, la teoría de los valores jurídicos, cuya dirección materialista ha proporcionado respuestas significativas.

2.1.3.3. Ontología jurídica del materialismo histórico

En la ontología jurídica se enfoca el derecho como realidad, como parte del ser. Según Marx: “Al grado de desarrollo de la forma relativa del valor corresponde el grado de desarrollo de la forma equivalencial. Pero hay que tener muy buen cuidado en advertir que el desarrollo de la forma equivalencial no es más que la expresión y el resultado del desarrollo de la forma relativa del valor.

La forma relativa simple o aislada, del valor de una mercancía, convierte a otra mercancía en equivalente individual suyo. La forma desarrollada del valor relativo, expresión del valor de una mercancía en todas las demás, imprime a estas la forma de diversos equivalentes concretos. Por último, una forma especial de mercancías reviste forma de equivalente general cuando todas las demás la convierten en material de su forma única y general de valor.” (Marx, 2014. Pág. 44)

Ante estas afirmaciones, conviene entender a Marx desde su contexto histórico, respecto a lo cual, Arendt indica: “Si bien es cierto que, en un principio, había visto como obra humana la violencia y opresión del hombre por el hombre donde otros creyeron atisbar algún tipo de necesidad inherente a la condición humana, posteriormente vio en acecho, tras toda usurpación, violencia o transgresión, las leyes de acero de la necesidad histórica. Un vez que Marx, separándose en esto de sus predecesores modernos pero de forma similar a sus maestros de la Antigüedad, identificó la necesidad con las urgencias perentorias del proceso vital, hubo de terminar por suscribir con mayor firmeza que cualquier otro, la doctrina moderna más perniciosa de todas desde el punto de vista político,

es decir, la idea de que la vida constituye el bien más alto, proceso vital de la sociedad que constituye la trama de la actividad humana.” (Arendt, 2017. Pág. 99)

Según las bases del materialismo jurídico, ¿qué tipo de ontología jurídica puede inferirse?

La respuesta se podría dar como entre “índole de lo jurídico”. La concepción actual del derecho puede traducirse como “el reconocimiento oficioso del hecho” y es por lo tanto, que la legislación política y civil expresa la voluntad y esta nace de las relaciones netamente económicas, aquí está la expresión máxima de que la sociedad no es resultado directo del derecho; esta, como tal, conforma una ficción jurídica. De lo anterior se deduce el principio de aplicabilidad del Derecho, ya que este se nutre de la sociedad y su campo de aplicabilidad es la expresión de sus intereses y necesidades comunes, estos pueden devenir de la producción material y es entonces cuando se debe hacer la distinción de los principios *a priori* que imagina el jurista, cuando en su defecto, se trata de reflejos económicos.

¿Cómo se deben interpretar estas fórmulas?

a) Desde luego, el Derecho, para la concepción marxista, no es un objeto ideal (objeto lógico o matemático); toda actitud idealista o lógica resulta incompatible con el pensamiento de quien subraya.

b) ¿Significa esto que el Derecho no es (en terminología marxista) una "ideología"?

El marxismo distingue la esfera de la *praxis*, característica de la conducta económica, política, jurídica, dominio de la voluntad, y la esfera de la teoría (religión y ciencia). La *praxis* es la verdadera existencia del hombre, es su

realidad. Frente a ella, es decir, frente a la existencia social humana, se alza la teoría, que es la conciencia del hombre con su contenido "ideológico".

c) Puesto que forma parte de la *praxis*, el Derecho participa de la existencia "verdadera" del ser humano. Si el Derecho integra la realidad específicamente humana, conviene preguntarse por las notas distintivas de esta, frente a la realidad natural.

2.1.4. ESCUELA POSITIVISTA

2.1.4.1. Concepto

El sujeto como ente político siempre se ha determinado, ya sea por su prevalencia, la estabilidad o la conjunción de factores, la expresión: “Encontré muchas espadas de inherentes a su mando”, se ha traducido a lo largo de las décadas y jurídicamente, como la configuración de un marco legal establecido y determinante, como derecho en esa comunidad.

Este marco legal, esta canalización de fuerzas comunitarias en preponderancia, es lo que ha dado orden a la estratificación social establecida, es lo que se conoce como derecho positivo.

Ergo, el derecho positivo, sobre esta línea pura, un conjunto de normas que rigen la vida en comunidad, donde se regula e informa la vida de los miembros que la componen, en determinado momento histórico. Las fuerzas sociales preponderantes cuentan su fuerza y las preposiciones que dicta el derecho como ciencia social, que funge en la comunidad sobre la cual mandan. Russell indica: “Las ciencias físicas, mediante sus invenciones, son útiles a innumerables personas que las ignoran totalmente: así, el estudio de las ciencias físicas no es solo o principalmente recomendable por su efecto sobre el que las estudia, sino más bien por su efecto sobre los hombres en general. Esta utilidad no pertenece a la filosofía. Si el estudio de la filosofía tiene algún valor para los que no se dedican a ella, es sólo un efecto indirecto, por sus efectos sobre la vida de los que la estudian. Por consiguiente, en estos efectos hay que buscar primordialmente el valor de la filosofía, si es que en efecto lo tiene.” (Russell, 2018. Pág. 49)

El campo de estudio que rige, sobre la investigación teórica del derecho positivo, inicia propiamente en la observación sobre los mandos políticos en los distintos grupos comunitarios que la constituyen. En otras palabras, estudia la prevalencia de las fuerzas políticas, de las clases sociales imperantes, sobre las menores.

Una vez señalizada esta relación de predominio, que advierte la sociedad, puede indicarse la consecuencia inmediata que jurídicamente se da. Esta corresponde a señalar aquellas personas que dominan en la comunidad y sustentan el conjunto de normas que nacen del derecho.

No podría ser de otro modo, el derecho constituye la forma típica de regulación de las conductas comunitarias, en sus relaciones transubjetivas y dado que esta situación de mando, tiende precisamente a orientar en cierto sentido esas mismas conductas, el ejercicio del poder no podría sino traducirse, inicial y efectivamente, en las proposiciones jurídicas.

De esta manera, prevalece en cada comunidad un cierto derecho positivo, sustentado, por quienes detentan el poder político.

Un conjunto de normas, que rigen las conductas en interferencia intersubjetiva, y a las cuales las fuerzas en preponderancia destacan como el derecho verdadero, actual y único derecho de grupo comunitario, que debe ceñir sus conductas a sus particulares determinaciones.

2.1.4.2. Derecho positivo y derecho no positivo

Junto a estos sistemas (derechos positivos) pueden concebirse otros muchos, también de normas jurídicas, que carecen de afirmación por un grupo con predominio político. Son los derechos no positivos.

Estos derechos reúnen los mismos caracteres esenciales de aquellos de normas preponderantes (son también sistemas de derecho), y aun el contenido de sus determinaciones puede ser tan satisfactorio (o tan poco satisfactorio) como el de los derechos que sí prevalecen en ciertas comunidades. La única diferencia con ellos radica en el fenómeno histórico de no haber sido nunca afirmados por una fuerza social, con preponderancia efectiva, en cierto lugar y en cierto tiempo.

2.1.4.3. Positividad y juridicidad

En el mundo jurídico existen muchas expresiones. Aunque podría deducirse la interrelación o que sean coincidentes unas con otras, lo cierto es que habría que establecer axiomas, liberar de sofismas en muchos aspectos la conceptualización en materia jurídica; tal es el caso de positividad y juridicidad. *Id est*, que no todo mandato es jurídico y por tanto, su efectividad se da cuando cumple ciertas condiciones de afirmación histórica y puede desaparecer, por la injerencia de nuevas circunstancias.

Como ilustración de lo anterior, podría decirse que un grupo revolucionario tiene como base un sistema jurídico o un sistema de normas, que formula como derecho del país y dentro del cual tiende a realizar su movimiento revolucionario, pero hay que recalcar, que en esta condición, ese conjunto de normas tiende a regular conductas, en interferencia intersubjetiva como derecho positivo propiamente, sin haber alcanzado la victoria del movimiento y esto se va paralelamente cuando prevalece positivamente un sistema jurídico patrio, de distinto contenido.

Siguiendo la línea de la ejemplificación anterior, cabe aclarar que un derecho sigue siendo tal cual, sin la alteración de una situación de mando emergente en la comunidad; en caso contrario, las proposiciones contenidas en la norma pierden la sustentación que las hacía positivas y son desplazadas por normas positivas de un nuevo contenido, por tanto, un nuevo derecho positivo.

2.2. CONTEXTO TEÓRICO

2.2.1. FACTOR A - SEIN

2.2.1.1. Teoría de los valores

La concatenación de términos que se puede interpretar como teoría de valores debe tratarse más profundamente que en un nivel platónico. Este aspecto resulta valioso para establecer una teoría de ideas, con respecto a la valoración. Pero el terreno debe ser allanado para el establecimiento, en el inicio de una teoría axiológica, ya que deben abolirse conceptos como la ausencia de valor en el no ser. En efecto, si todo lo que es, en cuanto es, vale y viceversa, no parecerá necesario averiguar en qué consiste el valer; el ser será suficiente. Por tanto, equiparar conceptos del ser con un valor (el valer) establece en sí un juicio de valor, pero aún se está lejos de conformar completamente, una teoría de los valores.

En concatenación, cuando Nietzsche interpretó las actitudes filosóficas no como posiciones del pensamiento ante la realidad, sino como la expresión de actos de preferir y proferir, dio un gran impulso a lo que se llamó luego "teoría de los valores" (Nietzsche, 1965).

El propio Nietzsche tenía conciencia, de la importancia de la noción de valor como tal, por cuanto hablaba de "valores" y de "inversión de todos los valores". De este modo se descubría, el valor como fundamento de las concepciones del mundo y de la vida, las cuales consistían en la preferencia por un valor más bien que en la preferencia por una realidad (Nietzsche, 1965). Es importante también, para la formación de la teoría de los valores, una serie de doctrinas morales, entre

las que se destaca el utilitarismo.

Sin embargo, la efectividad de la teoría de los valores tuvo cabida, como doctrina filosófica entre los especialistas, solo cuando algunas tendencias o escuelas nacientes filosóficas se empeñaron en construir una "filosofía de los valores". Esto se debe en gran medida, a los esfuerzos en conjunto de tres grupos principales, entre los que se podrían citar: Bretano y su escuela, Dilthey y su escuela y el pensamiento que arranca con Lotze y cuya escuela se conocería más tarde como Escuela de Badén (principalmente en Windelband), y de la cual se puede incluir los estudios axiológicos, que hicieron por su parte, Max Scheler y Nicolai Hartmann.

En los estándares de preferencia y rechazo, la primera escuela optó por realizar y tratar el problema de la manera concatenada que presenta la teoría valorativa. El segundo grupo, si bien no se aleja mucho del análisis que presentó el primero, tiende a retomar la problemática desde un punto de vista epistemológico, ya que en su análisis se toman las consideraciones de los fundamentos de las concepciones del mundo. El tercer "grupo" (que no representa específicamente un grupo, sino que tiende más a la línea filosófica) se planteó como fin, superar el relativismo historicista y en su lugar estableció su búsqueda, en las características propias del "reino del deber ser".

Tanto los filósofos clásicos, como los de una línea más contemporánea, han considerado la idea del valor como un concepto presente en la historia de la filosofía. Pero retomar la estructura de una teoría de los valores propiamente dicha, atiende más bien a las corrientes últimas, ya que representa un fin para este estudio alejar el riesgo de atribuir una teoría formal de los valores a

tendencias que carecen evidentemente de ella, ya que sería especular un fundamento de esta teoría, sin una base real de manera histórica.

2.2.1.2. Utilitarismo en la teoría de los valores

La idea filosófica que se trata, el término general de “utilitarismo”, gira su doctrina principal en torno al valor supremo de la utilidad, es decir, su discurso lo funda en la proposición “x es valioso”, y va más allá, al equiparar como sinónimo la proposición “x es útil”. El utilitarismo bifurca su tendencia en primer plano a la practicidad; puede ser el resultado del instinto (en particular del instinto de la especie) o como resultado directo de cierto número de creencias, que encaminan a la sociedad a las reglas de una convivencia en un lugar y tiempo determinados, o en la manifestación de una reflexión intelectual.

Como segunda vertiente, ha de considerarse como una elaboración teórica que se da como resultado o como justificación intelectual, a una actitud utilitaria preestablecida. Sin embargo, se debe retomar como pura teorización, sobre conceptos que tienden a responder más cuestiones éticas y axiológicas; inclusive, la idea de que ambas pueden coexistir a un tiempo. Cabe destacar que en este último punto, muchas doctrinas filosóficas utilitarias encuentran su habitualidad. Ejemplificando lo anterior, el filósofo utilitarista, como lo dictan las reglas de la sana lógica, posee un número x de vivencias, que lo dotan de la experiencia orientada al predominio de la utilidad; sin embargo, no obvia la doctrina utilitaria, ya que no es un simple intento de justificación de experiencias, por lo que no haría recaer un carácter trascendental en su giro diario, ni los elementos y el sinfín de situaciones que lo rodean.

2.2.1.3. Fundamentos de la teoría

Como fundamentación debe tratarse en el campo de su clasificación, y como valor de un objeto, para su posterior sometimiento a un juicio de valor, se hace necesario racionalizarlo, en lo que atañe a las relaciones aprióricas a la jerarquización de los modos del valor.

Los valores, en cuanto preferencias socialmente reguladas y objetivadas, introducen en el mundo el principio de la no-indiferencia frente a la realidad empírica. Esta no-indiferencia constituye la categoría del valer, por oposición a la categoría del ser.

Cuando Lotze afirma que los valores no son, sino que valen, plantea el problema axiológico esencial, es decir, la cuestión relativa a la naturaleza de un objeto que, sin tener la existencia de los objetos reales, determina, sin embargo, la acción social de los hombres. El valer del valor es, pues, una clase de realidad específica, que permite elucidar la importancia de los objetos neutros para la percepción empírica. Dicho valer o no-indiferencia del valor presenta las siguientes características. En primer lugar, los valores son cualidades *sui generis*, que poseen ciertos objetos llamados bienes. En cuanto cualidades, los valores son objetos no-independientes en el sentido husserliano del término. Antes de incorporarse al respectivo portador o depositario, los valores son meras "posibilidades" que no tienen existencia real (Frondizi, 1972).

Por lo tanto, se retomará el modelo planteado por Scheler, ya que este dista entre los grupos o clases siguientes: a) en primer orden están los valores útiles, por su funcionalidad (i.e. apropiado o inapropiado), b) en segundo orden se ubican los valores vitales, los que responden más a sus elementos empíricos (i.e. rígido o maleable), c) en tercer orden los valores lógicos, en cuanto al psique (i.e.

falso o verdad), d) en cuarto orden los valores estéticos, que bien podría suponerse, responden a lo que agrada o desagrada (i.e. belleza o fealdad), e) en quinto orden se encuentran los valores éticos, que buscan el éter (i.e. justo e injusto), f) y por último, le sexto orden, los valores religiosos, que abarcan la creencia y la fe en una divinidad (i.e. santo o profano) (García Morente, 1980).

A su vez, Ortega y Gasset los presenta como:

Útiles:

- Capaz e incapaz.
- Caro o barato.
- Abundante o escaso.

Vitales:

- Sano o enfermo.
- Selecto o vulgar.
- Enérgico o inerte.

Religiosos:

- Santo o profano.
- Divino o demoníaco.
- Supremo o derivado.

ESPIRITUALES:

Intelectuales:

- Conocimiento o error.
- Exacto o aproximado.
- Evidente o probable.

Morales:

- Bueno o malo.
- Bondadoso o malvado.
- Justo e injusto.

Estéticos:

- Bello o feo.
- Gracioso o tosco.
- Armónico e inarmónico.

2.2.1.3.1. Principio de cualidad

Debido a la naturaleza de los valores, su cualidad es irreal por cuanto su inmaterialidad está presente, mas difiere del objeto ideal, al tratarse este último en los extremos de la esfera del ser, ya que su idea general se encuentra presente, pero en el tratamiento de los valores, y debido a la faltante de su configuración lingüística, se deben de conceptualizar como “son”. Por lo tanto, se puede acotar que el valor, dentro de una fundamentalización axiológica, no se da en un nivel intelectual y muy por lo contrario, el objeto ideal se estratifica dentro reglas de la sana lógica y por ende, en el mundo de la inteligencia. La sutileza de esta explicación radica, en que a pesar de que el valor no percibe de un modo intelectual, la inteligencia no debe excluirse del todo, dentro de la esfera valorativa.

En tanto la cábala sobre este marco claramente identificable, pueda darse dentro de la doctrina valorativa, se encuentra que se ha nutrido con las teorías axiológicas actuales, esfera que se ha adentrado en el carácter absoluto y relativo de los valores. *Id est*, en el sustrato primario de lo anterior está la determinación del valor, como algo sometido a la axiología propia del sujeto humano y por tanto, esencialmente situado en las bases ontológicas y metafísicas, independientes del sujeto gregario.

Por su parte, el sustrato segundo que se puede inferir versa sobre la posición que han tomado algunos, de forma inconsciente, en cuanto a cierto nominalismo ético, ya que consideran la valoración como algo dependiente del sentimiento de agrado o desagrado, por lo que el ser o no deseado, es resultado de la subjetividad humana individual o selectiva. Considerar esta posición absolutista

resulta deficiente en cierto modo, ya que al estimar el valor frente al objeto considerado valioso, es un reconocimiento como tal, en un sentido platónico del valor.

2.2.1.3.2. Principio de objetividad

Si se orienta el estudio en cuanto a la objetividad del valor, se debe hacer hincapié, una vez más e irreductiblemente, en la corriente relativista de este, en tanto las preferencias y actos de agrado o desagrado no se rigen por acciones individuales, sino que existen y están presentes, más allá de toda apreciación y valoración. El porqué de esta posición se debe, a que la teoría absolutista dicta, que el fundamento de todos los actos es el valor *per se*, pero la teoría relativista, debido a su elasticidad y a que lo deseable tiene valor, si se centra en que lo valioso es deseable, como dicta el absolutista, la subjetividad se reduce al deseo, de aquello que ya se considera valioso.

Los relativistas (Russell, Nietzsche, James y Wittgenstein) desconocen toda realidad del valor, en su aspecto más peculiar e irreductible. El planteamiento de la línea absolutista, considerado erróneo para efectos de este estudio, está en la eliminación, en muchos casos, de *hilaza* en la relación efectiva entre valor y realidad humana e histórica. Los valores son, según algunos autores, objetivos y absolutos, pero no son hipóstasis metafísicas de la idea de lo valioso.

Se pretende con esto, alejar toda estimación subjetiva y arbitraria de la objetividad del valor, lo que refuerza su autonomía. La utilización del término ontológico “valor”, no tiende a identificar un sistema de preferencias subjetivas en tanto el sujeto “cosas” no está revestido del predicado “preferibles”, cuando en su región real o su región metafísica de seres absolutamente trascendentales, sea lo que marque el aspecto de reproche, indiferencia o deseo.

2.2.1.3.3. Principio de dependencia

El carácter accesorio del valor no debe entenderse como una subordinación de este a instancias ajenas, ya que en el término ontológico se goza de una Independencia total; sin embargo, consta de una adherencia al existencialismo real de las cosas. Esta es la razón por la que el valor atiende más al ser de las cosas y su consecuencia directa es mostrada como el predicado del ser.

En dicho campo de acción, con respecto a la valoración de estos en cuanto a la funcionalidad y paridad en su entorno y de ahí se parte para definir lo que es valioso para el hombre.

2.2.1.3.4. Principio de polaridad

De acuerdo con lo expresado por el Kyballión: “El Cuarto Gran Principio Hermético -el Principio de Polaridad- encierra la verdad de que todas las cosas manifestadas tienen dos lados, dos aspectos, dos polos; un par de opuestos con innumerables grados entre ambos extremos” (Tres Iniciados, 2011. Pág.: 84). Si bien se trata de una máxima de la filosofía hermética, claramente resulta aplicable al canon que se trata en este acápite. Al valor de la belleza se contraponen siempre el de la fealdad; al de la bondad, el de la maldad; al de lo santo, el de lo profano.

Al principio de polaridad le corresponde, el desdoblamiento de los aspectos conceptualizados dentro del valor; siempre se encuentra el aspecto positivo y su contraparte el negativo y al aspecto negativo se le llama frecuentemente desvalor.

Por otra parte, salta a la vista que el carácter intrínseco de este principio radica en una existencia ambivalente, por lo que no puede darse si no es siempre en pareja, el valor positivo frente al valor negativo (desvalor o antivalor). Ejemplificando lo anterior, se pueden citar ciertas referencias de valor bipolar como: bien - mal, verdad - falsedad, justicia - injusticia, aptitud - ineptitud, belleza - fealdad, grandeza - mezquindad, y así un incontable número de veces. En tanto, la operacionalización de esto en la realidad se fija en la negociación del valor positivo al valor que le corresponde, esto es, el desvalor o antivalor. De la acotación anterior se saca la analogía, de que el valor positivo siempre va a clamar por una realización con base en su antivalor, ya que sin la contraparte de su faz antivaliosa, no podría darse una penuria o mutilación en su destino.

2.2.1.3.5. Principio de jerarquía

La naturaleza propia de los valores les otorga un aspecto, donde una vez más salta a la vista, que estos no operan indiferentemente con respecto a otros, en igual medida que se muestra el principio de polaridad. Las relaciones mutuas, en las distintas especies de valor, dan pie a que se trate en un apartado propio el principio de jerarquía, el cual relaciona el conjunto de valores y se ofrece en una tabla general ordenada jerárquicamente.

En la axiología formal se da cabida a esta caracterización de valores, por tanto, opera en estándares provisionales de teorización, ya que su alcance se limita al predicado, en notas determinantes de la realidad estimativa. En contraparte a la axiología formal, la axiología material abarca la problematización concreta del valor y de los valores en general y en particular la interrelación que se muestra entre los valores y la esfera cotidiana de la vida humana, así como su efectiva jerarquía de los valores. Aquí se abre el amplio abanico de soluciones según las concepciones subjetivista u objetivista del valor. Así, según sea el caso, los valores sean concebidos como productos axiológicos o como realidades absolutas.

Ejemplificando, en el primer caso la esfera de la vida humana abarca los valores, tanto en su ser como en su jerarquía y son determinados por esta. En el segundo caso, los valores son un fenómeno *a posteriori*, que son descubiertos más tarde por el ser humano en su estructura y jerarquía de un conocimiento no general, pero que aumenta su conceptualización a medida que avanza el acontecer histórico de su vida.

En ciertas formas de vida y ciertas épocas, la concepción objetivista y perspectiva de los valores admite la posibilidad de un carácter prescindible de estos en la realidad estimativa social. La vida y su historia reconocen entonces únicamente una parte muy limitada de la realidad estimativa y el conjunto de todas las perspectivas válidas y posibles es lo único que puede proporcionar la visión completa y sistemática de la jerarquía de los valores y de la forma de realidad de cada valor.

2.2.1.4. Teorización de conceptos

Las nociones antes descritas marcan una evolución en la conceptualización, porque no habiendo sido posible reducir a un "denominador común" los diversos objetos de la protección legal, se identifica el bien jurídico con el fin de la norma y resulta así, "expresado en su forma más sucinta", el marco conceptual dentro del cual el orden jurídico procura atrapar "el sentido y fin de los diferentes preceptos penales", estructurando, de este modo, "el valor objetivo" al cual se acuerda la protección legal.

En el campo del Derecho Público, sobre todo en el Derecho Constitucional, el "bien jurídico" se elabora sobre la base de valoraciones de carácter político y no se puede prescindir de su noción para formar e interpretar los conceptos jurídicos. En el orden sublegal, el concepto de "bien jurídico" cumple un rol importante. Permite conocer con exactitud la función del orden jurídico; facilita la comprensión en la tipificación en la ley; es la base para la exposición sistemática de la parte especial y es de suma importancia práctica para la correcta interpretación de la ley. Pero esta construcción dogmática, que en el orden penal concibe el delito como la lesión de un "bien jurídico", ha sido motivo de una tenaz y enconada disputa, en el fondo, de carácter político. El advenimiento del Estado autoritario dio origen en Alemania a una nueva corriente en el Derecho, dentro de la cual, el criterio decisivo para la punibilidad ya no lo da la producción de un resultado lesivo del "bien jurídico", sino la violación de un deber de obediencia y fidelidad hacia la comunidad popular y nacional.

2.2.1.5. Sobre la ética y la metaética

Todo jurista, estudiante de Derecho y persona con la capacidad de comprender que el desenvolvimiento normal de toda sociedad se basa en principios amparados en la razón, conceptos de libertad e igualdad humana, debe analizar y enfatizar su estudio en la eterna búsqueda de respuestas a interrogantes que el mismo hombre se ha planteado y desvelado en encontrar una solución racional. En el cenit de su existencia, el ser humano ya no solo es un mero estadio de existencia real en un mundo que le es incomprensible, la persona observa, constituye, analiza y se interroga a sí misma, para conducir su mundo ya no solo a la existencia, sino a su esencia.

Con el paso de los siglos, la evolución en el pensamiento del individuo lo lleva a nuevos horizontes, ya no es solo él como objeto de existencia, sino como sujeto de acción y dilatación de su productividad; no se configura en la supervivencia, sino en la vivencia.

Lo intrigan los fenómenos y qué los origina. Sus capacidades y sus limitantes, algo de lo que lo hace reflexionar en un punto trascendental de su existencia: el hombre es ahora un ser gregario, por tanto se ve necesitado de crear un cuerpo normativo que regule su sociedad, llamado así por su ética y por su moral. Comprende que la multiplicidad hace la unidad y que esa vivencia es diaria y compartida. Ahora busca la igualdad con sus semejantes.

Lo desvelan ahora cuestiones y capacidades eternas, condiciones y estadios; busca ahora su lugar en un mundo lleno de razón.

Sin embargo, y por sobre todo, le intriga su condición; ¿es un sujeto lleno de injusticia o propenso a ser corrompido? ¿Busca los valores eternos o se conforma con la mundanalidad y el barro de la culpa? ¿Es la divinidad el camino trazado o

cree en el libre albedrío? En 1971, el reconocido psicólogo de la Universidad de Stanford, Philip Zimbardo, realizó el experimento de La Prisión de Stanford; dónde colocó a varias personas que no se conocían entre sí y que no contaban con faltas en su record penal, en un ambiente altamente hostil; personas consideradas “buenas”, bajo los estándares actuales. Todas ellas estudiantes. El fin del experimento era determinar las repercusiones, en el carácter pasivo de las personas, en condiciones extremas. El experimento, que estaba previsto para durar tres meses, tuvo que ser suspendido al sexto día debido al comportamiento cruel y brutal que presentaron los sujetos del experimento, gracias al condicionamiento del lugar. En otro caso, el experimento de Millgram, un grupo importante de personas, alrededor de mil, fueron convocadas para participar en un supuesto programa de mejora del aprendizaje, en el cual uno era el estudiante y otro el profesor. Por cada pregunta bien contestada no sucedía nada, pero por cada respuesta incorrecta se aplicaba una descarga eléctrica. Se iniciaba con quince voltios y a medida que avanzaba se aplicaban quince más. Sin embargo, el sujeto que hacía el papel de estudiante era un actor pagado, que fingía recibir la descarga y los que hacían el de profesor desconocían por completo esa realidad. Millgram preguntó a varios psiquiatras cuántas personas se estimaba que llegarían al máximo, más de cuatrocientos cincuenta voltios. Todos contestaron que el uno por ciento, los sádicos. Sin embargo se equivocaron; dos de cada tres personas llegó al final. En este caso existía una fuerza por encima de quien era el profesor y le exigía llegar hasta el final. A esto se le llamó: “Obediencia ciega a la autoridad”. Ambos casos llevan a plantear la interpelación: ¿Se conocen las personas en realidad y de qué son capaces en tales condiciones?

Shakespeare nutrió, no tan solo de belleza a su personaje Hamlet, a la vez, lo dotó de una inteligencia altruista y una sagacidad sin par, éste al decir: “¡Qué obra maestra es el hombre! ¡Cuán noble por su razón! ¡Cuán infinito en potencias! ¡Cuán maravilloso y proporcionado en su forma y movimientos! Por sus acciones, ¡cuán parecido a un ángel! Por su inteligencia, ¡cuánto se asemeja a un dios! ¡La maravilla del mundo, el tipo más perfecto de los seres animados!” (Shakespeare, 1997. Págs.: 48-49), permite entender tanto la capacidad casi divina del hombre, como la esencia misma de este en su mundo.

NOTA: La teorización de los valores basará su aplicación según la serie predominante de doctrinas morales y se alternará tentativamente con la línea del pensamiento de la inversión de todos los valores de Nietzsche.

2.2.2. FACTOR B - SEIN

2.2.2.1. El bien y el valor, concreción de conceptos filosóficos.

Según algunas escuelas filosóficas (Husserl, Scheler y Hartmann), los valores son objetos ideales con validez propia. La esencia misma del valor se encuentra como cualidad, que se presenta en el tanto exista una equiparación de esta con la realidad del objeto y conducta, ya que con ello no solo constituyen, empero, la concepción de cosas o conductas estimadas valiosas.

Para Platón, por ejemplo, “el verdadero ser” o “el ser verdadero”, es decir las ideas, poseen la máxima dignidad y son por ello eminentemente valiosas (Platón, 1975); por lo tanto, decir que algo es o que algo vale significan aproximadamente lo mismo. En tanto, si se sigue el marco trazado líneas atrás, es posible deducir o equiparar una ausencia total de valor con el no ser y así se encontraría una licencia, para establecer una escala ontológica que se integraría paralelamente a una escala axiológica.

En este punto se debe recalcar, que si se sigue este plan de acción, se estaría alejando de la ciencia jurídica solo el derecho constituido. Ahora bien, el planteamiento de esta pregunta valorativa sobre la justicia, refiere a aspectos que poseen una naturaleza arraigada a los temas pertinentes a la conciencia humana y que para las condiciones actuales, en que se plantea la problemática, obtiene un pleno sentido. Con ello, se abre un segundo campo de interrogantes, de las cuales la ciencia jurídica no se ha ocupado y cuya doctrina, hoy por hoy se mantiene incompleta. Pero el decir que la línea de pensamiento sobre esta razón es árida, es negar la solución posible; salta a la vista, de forma casi evidente, que en este punto de inflexión bien podría darse una concreción de conceptos bajo la

concepción de la teoría egológica, ya que la tarea por abordar es, aprehender los elementos cognoscitivos propios del derecho, así como en su vertiente de la materia filosófica, alejándose de la filosofía clásica y ocupándose de una ciencia filosófica del derecho.

2.2.2.2. Conceptualización dentro de la Filosofía del Derecho

En la teoría axiológica, la valoración de los objetos jamás ha sido estimada por su naturaleza relativista, en relación con los ideales preestablecidos *in situ* y temporalmente. Sobra destacar, que sobre estas ideas se entra en un espejo real que resume la vida social del hombre; de esta forma, los valores (ideas) son datos científicamente discernibles, ya que se dan por las fuerzas reales que actúan y son determinantes en el comportamiento humano.

En el mundo de la cultura, el mundo diario, se encuentran abstracciones de valores específicos, que son realizados y llevados a cabo por este; a dicha acotación le corresponden los valores *in genere*. Sin embargo, la coyuntura se da al hacer referencia a los valores como conceptos, ya que propiamente, este término carece de exactitud, lo cual se debe a que los juicios de valor, debido a su razón operacional, no muestran la realidad de la naturaleza, sino que transfiguran y cuantifican personas, bienes y procesos a los que se refieren. Otros autores distinguen la idea del concepto. Estos dan cabida a que el concepto nace de la materialización, idea se da como resultado de la valoración. La trascendencia de sus consecuencias gira en torno a la objetividad en las relaciones de valor, las cuales no pueden tener una conjunción subjetiva, son, empero, de naturaleza gradual, en contraposición a la verdad en los juicios empíricos. Por eso, sería preferible considerar el valor como una categoría ontológico-social general, esto es, como una forma móvil, independiente de los contextos culturales e históricos, que dotan los hechos sociales.

La razón por la cual se da esta categorización de ontológico-social, se genera de que las exigencias tienden a satisfacer necesidades humanas, por lo cual, se

expresa en cualidades de personas bienes o procesos. En términos marxistas, el despliegue multilateral esencial humano, equipara la riqueza al valor, al saber, la sociabilidad, el trabajo (la producción en su generalidad, o sea en la objetivación), la libertad, la consecuencia y la universalidad.

En el mundo de la iusfilosofía, el concepto imperante de la valoración se ve plasmado en ejercicios mentales como la estimativa jurídica, proceso más sublime, más minucioso y que responde a ramas de la filosofía jurídica de significativa importancia, como lo son la ética y la metafísica.

La estimativa jurídica constituye, el estudio y análisis de los problemas sobre la valoración jurídica; *id est*, ¿puede el derecho positivo ser enjuiciado a la luz de valores o criterios axiológicos que estén por encima de él?; si fuese así, es decir, en el caso de que la pregunta precedente quedara contestada en sentido afirmativo, ¿cómo y de qué manera tales criterios axiológicos podrían o deberían ser utilizados como directrices, en la reelaboración progresiva de una reforma del derecho vigente?

Incluso puede tomarse la siguiente vía: ¿dónde se pueden encontrar los valores o pautas axiológicas?; ¿qué caracteres tienen dichos principios o criterios valorativos?; ¿cuáles son esos valores?; ¿por quién deben ser tomados tales valores en consideración?; ¿sólo por el legislador?; ¿o también por los jueces, funcionarios administrativos, juristas y otros profesionales en derecho?; ¿cuál es el alcance y cuáles los efectos de esas directrices de valoración? En suma, es decir, valoraciones sobre el derecho.

La palabra 'estimativa', como expresión global de todos los estudios sobre valores, fue empleada originalmente por José Ortega y Gasset en 1924, en su

artículo: “¿Qué son los valores? Una introducción a la estimativa” (Ortega y Gasset, 1924). Muy pronto, tal denominación fue aceptada por un sinnúmero de pensadores en la lengua castellana, e incorporada de modo general a la terminología filosófica.

A fin de cuentas, estimativa es equivalente a axiología, es decir, a estudio o tratado de los valores.

Llevado a la practicidad y en concatenación con la efectividad de las relaciones sociales, la última instancia o la última palabra ejecutiva se encuentra en el derecho positivo. Por lo tanto, se puede decir, que mientras el derecho positivo se encuentre en vigor, no cabe recurso de ninguna especie, ya que es el reducto final de toda doctrina filosófica jurídica.

No cabe ejemplificación más clara que la sentencia emitida por un tribunal, donde lo dicho es inapelable, una última palabra ejecutiva que se encuentra subyugada, que funcionará siempre en cumplimiento de lo establecido por el monopolio de la coacción pública y busca siempre el bien común. El Derecho cumple la función temporal, y que ésta sea en un lugar determinado, que dicta sobre las reglas de la sana crítica, una resolución sobre la cual no cabe recurso distinto del práctico, ante lo cual se da sobre la crítica filosófica, para examinar si corresponde o no lo que debería ser.

Ahora bien, al basarse en las reglas de la sana crítica filosófica, se retoma el nexo de recíproca vocación entre los valores y la realidad, relación general de la inserción de la teoría de los valores, en el sistema de la filosofía general. Esto se trata de la pregunta: ¿dónde están o dónde se pueden ubicar los valores? Por supuesto, la respuesta se encuentra en dos vertientes. Sin embargo, algo

positivo sería aclarar qué posición es la correcta. Si se retoma la pregunta desde el punto de vista espacial y su relación con respecto a ella, el resultado sería incorrecto ya que siendo los valores, ideas que no poseen espacio o tiempo, resulta innecesario, a todas luces, interrogar por dónde esté. Así que sería oportuno redirigir la pregunta y retomarla desde el punto de vista fenomenológico, dentro de la concepción filosófica y la relación con las demás partes de la filosofía, así como los demás objetos que presentan otra índole o naturaleza, que se encuentra en el universo.

En este caso, en las obras de Scheler y de Hartmann, resultan insuficientes desde el enfoque doctrinario, ya que no se plantean certeramente. Esto debe encontrar su punto de inserción de los valores en la realidad fundamental, basada en el existencialismo o vida humana. Esta doctrina se puede retomar para entablar las cuestiones pertinentes, dentro de la filosofía de la vida.

En procura de evitar falacias y errores, en la teorización de las doctrinas de axiología jurídica, es necesario apartarse, de las líneas filosóficas de pensamiento otras épocas y dotar dicha presunción de un máximo y nuevo rigor intelectual. Hoy por hoy, se pueden subrayar de forma muy atinada, errores que otrora incapacitaron la evolución de la teoría axiológica; uno de ellos fue la excesiva precipitación y querer abarcar problemas medulares de una índole más fundamental que simple fenomenología la interrelación de objetos e ideas respecto a esta teoría y no se puede dejar de lado que en el establecimiento de una doctrina axiológica imperante, términos como estimativa jurídica rompieron con la rigidez de conceptos y en la ambigüedad de temas diferentes, aunque todos relacionados, no dieron un marco claro por seguir.

Parte de esta problemática se puede tratar, primeramente en cuanto al relativismo, de acuerdo con el cual se da si está justificado o no el intento de una indagación estimativa, en la doctrina jurídica. Desde este punto de vista, es imperativo ir planteando escalonadamente las siguientes cuestiones:

A) Harto conocido es el fundamento radical de la estimativa jurídica, por lo que cabe preguntar si se da desde una naturaleza empírica, o muy por lo contrario, ha de ser necesariamente *a priori*.

B) Retomando la cuestión anterior, y en caso de una respuesta a favor del apriorismo, ¿son estas ideas *a priori* a la estimación del derecho, disposiciones subjetivas de forma solamente, hábitos psicológicos, o por lo contrario, la validez necesaria la constituyen las ideas objetivas?

C) Ya puestos al caso, resulta necesario determinar la intervención de las ideas *a priori* y su eventual elemento *a posteriori*. *Id est*, establecer combinación de valores, así como su interrelación en la doctrina jurídica, determinando cuáles valores jurídicos competen al caso y qué relación guardan con la idea de justicia.

D) Se deberá igualmente establecer, una categorización de valores fundamentales significativos, para la ciencia del derecho.

Para ir tratando de una forma programada estas cuestiones traídas a colación, se pueden dotar superlativamente de una importancia, donde se articulen de una manera rigurosamente escalonada, al entrar a conocer la cuestión segunda sin haber despejado la primera y así sucesivamente. Se toma la tratativa de estos asuntos, los cuales fueron planteados con precipitación y sin orden alguno, como se dio en el pensamiento humano a lo largo de la historia, tomando en consideración que muchos de los aspectos que en ella puedan darse, condicionan

a los siguientes. Por esta razón, el haber planteado las cuestiones sobre el apriorismo, en algunas de las ideas pertinentes a esta doctrina, llevarán de forma segura a una construcción del derecho natural, tomando en cuenta que opera bajo una ley natural.

Otro yerro encontrado en la historia lo constituyen, todos aquellos autores que adoptaron una postura de escepticismo, frente a todo derecho natural, al afirmar que se trataba de una fantasía, inadmisibles en el campo de la ciencia. El error radica en el hecho de que no entraban a conocer todas las cuestiones determinantes, que condicionan una estimativa jurídica y por lo contrario, atacaban determinada tesis. Tal es el caso del derecho natural en la escuela clásica, con lo cual, no solo obviaban el problema, sino que lo daban por resuelto en definitiva, pero de forma anquilosada. Tanto los primeros como los segundos, coincidieron en que no abarcaron el tema de la pureza intelectual seriamente, todos los supuestos e implicaciones que la estimativa jurídica dicta, dentro de la doctrina axiológica.

Ahora bien, la construcción de un derecho natural imbrica su fundamento en el conocimiento metódico de todos los supuestos determinantes, así como sus implicaciones en los elementos *a posteriori* jurídicos, los cuales se encuentran en la estimativa jurídica o axiología en la ciencia filosófica del Derecho, por lo que marcado el camino y previo a entrar a conocer todo aquello conocido como valor jurídico, es menester dilucidar, tanto conceptual como fenomenológicamente, las deficiencias que otrora marcaron las doctrinas.

2.2.2.3. Naturaleza del valor según su estructura

La estructuralidad inherente al objeto lleva, consecuentemente, a un racionalismo omnipresente, que busca la definición del valor. Bajo esta acepción se ubican los elementos empíricos, así como las cualidades materiales, de objeto y sujeto bajo la lupa del juicio valorativo.

Sin embargo, al contar con la presencia de tales elementos empíricos, el valor no queda reducido a estos, ya que todo aquello que da un resultado, agradable o desagradable para la psiquis humana, se obvia como elemento determinante, por cuanto ha de considerarse insubstancial, frente al juicio de valor que se pretende.

En resumen, es un movimiento apriorista al establecimiento de una situación jurídica del sujeto u objeto. Dentro del juicio valorativo en el que resulta pertinente, estratifican las cualidades naturales y los elementos empíricos independientes de este, sin recaer en el determinismo de los primeros, para emitir la valoración sobre el segundo.

2.2.2.4. Estructuralidad

Sobre la estructura, bien vendrían términos a la mente como forma, configuración y trama, con el propósito de dilucidar la estructuralidad del objeto.

Sin embargo, todo razonamiento amparado, en una simbiosis de elementos que actúa en conjunto para definir, en cuanto a la función que cumple cada uno, es, a todas luces, provisional.

En efecto, los elementos se encuentran interrelacionados, ya sea en parte o en su totalidad, con respecto a la existencia del objeto, por lo que es desacertada la concepción cuando se habla de partes, por lo que debería referirse miembros al definir el término “estructura”, lo que se debe tratar como la suma del todo.

La concepción de estructura no se centraliza en una idea de esencia metafísica más allá de los demás componentes que la conforman. En una relación oximorónica (*contradictio in terminis*) esta, a su vez, no existe sin los componentes de su configuración.

Los miembros de un todo de esta índole están, según Husserl, enlazados entre sí de tal forma, que puede hablarse de no independencia relativa de unos con otros y de compenetración mutua (Husserl, 2006). En la estructura hay, pues, enlace y función, más bien que adición y fusión. Por eso, en la descripción de una estructura salen a relucir vocablos tales como 'articulación', 'compenetración funcional' y 'solidaridad'.

2.2.2.5. Ideas afines

Lo deseado y lo deseable: Haba lo presenta de la siguiente forma: “Es preciso distinguir entre lo deseado y lo deseable. Lo deseado tiene carácter psicológico, mientras que lo deseable es axiológico.” (Haba, 2010. Pág. 17). Si bien lo deseado se mueve en la psicología del hombre, esta puede traducirse como la virtud, el éter conceptual que, mediante un tipo de pragmatismo como la catarsis aristotélica, conceptos de lo deseado encuentran su término axiológico en lo deseable.

2.2.2.6. El valor y la concepción del mundo

La investigación de las relaciones, entre el valor y la concepción del mundo, representa uno de los problemas más espinosos de la axiología material, pues su solución depende a su vez, en parte considerable de la concepción del mundo vigente o sustentada por el investigador. Sin embargo, no puede descartarse enteramente la posibilidad de conseguir un saber, que aunque de modo limitado, sobrepase las condiciones impuestas por la concepción del mundo. La investigación del valor queda determinada, en este caso, por las mismas notas, aparentemente contradictorias, que caracterizan a la filosofía. Por un lado, todo saber acerca del valor depende de la perspectiva, desde la cual, el valor es visto en un momento determinado de la historia. Por otro, este saber aspira, por su misma naturaleza y condición, a conseguir una visión absoluta, a transformar su dependencia en autonomía. La coexistencia de estos dos caracteres es, difícilmente eliminable en todo análisis acerca de un problema.

NOTA: El planteamiento de los verdaderos conceptos, que nutren la teoría de la valoración, se llevará a cabo mediante las pautas axiológicas, establecidas por las distintas escuelas.

2.2.3. FACTOR A - SEIN-SOLLEN

2.2.3.1. En la ciencia filosófica del Derecho, el existencialismo

Para Platón, la dicotomía entre materia y espíritu lleva al conocimiento del mundo perceptible o tangible, en la esencia de la existencia del cosmos. Sin embargo, con el paso del tiempo se ha llegado a la conclusión, de que esta idea se ha visto altamente debatida en el mundo filosófico, ya que un número considerable de adeptos ha mantenido su labor en el foco centralizado, en una supremacía del espíritu sobre la materia.

No se excluye la connotación, de que ambas ideas existen paralelamente, que a la hora de operar la una no es resultado o causa de la otra, pero ambas están intrínsecamente unidas.

La “singularidad” del morfema presentado, representa lo que es en realidad conducente, en un estudio aplicado del existencialismo y sobre paroxismo, han confluído diversas teorías, lo que ha generado un debate por línea directa. Bobbio lo presenta de la siguiente manera: “el existencialismo lleva a la exasperación el motivo romántico de la personalidad humana, como centro, como individualidad originaria, como singularidad heroica y solitaria; esta exasperación se hace patente a través de la disolución del titanismo romántico en la refinada y atormentada búsqueda del 'singular', que se lleva a cabo en forma de revelación y confesión íntima, de suerte que al final predomina el motivo, característico de todo decadentismo, de la singularidad humana echada al mundo sin seguridad alguna...” (Bobbio, 1958. Págs. 36 - 37).

Siguiendo la línea de ideas, se ha de entablar el diálogo del ser, el cual es unicidad y la presencia animada de la existencia. Lo que Sócrates encontró, pensando en las condiciones de los juicios morales, en cuanto al afirmar ciertas realidades como las ideas.

El carácter existencial del objeto es, en su esencia más pura, la idea, por lo que se podría decir, que la concepción que se tiene de algo es esa presencia sensible de ello; al respecto, Berkeley afirma: “y cuando se ha observado de estas ideas se presentan simultáneamente, se viene a significar su conjunto con un nombre y ese conjunto se considera como una cosa. (Berkeley, 2007. Pág. 31) Por lo que al tratarlo bajo la luz de los adjetivos bello o feo, terso o áspero se presenta la concepción de que tal objeto comprende un predicado y que según su naturaleza accesoria, asegura ese objeto, pero la idea y predicado juntos no sólo da una seguridad ontológica, sino también axiológica, ya que hay un agregado emitido, luego de un juicio valorativo. *Id est*, al decir la mesa café no sólo se asegura la existencia de esta, sino también la valoración, de lo cual se pueden extraer dos premisas: a) la presencia sensible es factible a través de los sentidos, de la capacidad sensorial y de la cualidad tangible del objeto y es por tanto que esto define que el objeto es por su tangibilidad idea recíproca, y b) como resultado de lo anterior, la abstracción queda por fuera de todo raciocinio, ya que siempre se hablará de un particular.

El papel secundario que juega el predicado es una condición, que radica en la existencia misma de toda entidad, producido a través de un juicio existencial del endemismo. Se debe tener siempre en alta estima esta condición y esto se debe a que si bien coinciden algunos autores al respecto, cuando definen los demás

predicados, se presentan siempre en un papel secundario. Ello conduce, necesariamente, a pensar que la existencia no existe, ni una condición independiente análoga a este aspecto, por lo que no habría supremacía de esta y su factorización sería viable, solo a través de la esencia misma del ente, pero que todas las entidades existentes existen ciertamente. En la divergencia de teorías, se encuentra que niegan tal enunciado, por lo que estos aducen que la existencia se presenta como un predicado simple, es decir, que se encuentra como un añadido, al ente que sea sometido a un juicio de valor previo. En esta tesitura y diferencia de opiniones, no se encuentra reflejado el pensamiento medieval, ni el de los autores escolásticos.

Esta interrogativa ha subsistido a través de los años y llegado hasta muchos de los autores modernos, entre ellos Kant, quien no ha sido una figura genesiaca respecto a este tema en la modernidad, pero ha brindado una tesis relevante, con su famosa afirmación de que el ser (Sein, entendido en estas líneas como “existir”) no es un predicado real, del modo que pueden ser los otros predicados tales como “es blanco”, “es pesado”, entre un sinnúmero de ejemplos que se pueden citar. Aquí el ser no es evidentemente un predicado real, ni por tanto una concepción que se subyuga o se agrega a la concepción de una cosa. Es meramente la posición (Setzung) de una cosa o de ciertas determinaciones, ser el existencialismo de algo en sí. Lógicamente, esta es la conjunción que se da en un juicio valorativo.

Premisa de lo anterior está en referirse a algo y decir que el mismo objeto existe, ya que es una redundancia. El decir libremente, que la existencia se constituye como la cualidad sugerida de todo ente, la tautología dominaría entre

las preposiciones que determinan la existencia de algo, y el negar mediante preposiciones la existencia de algo, o sea acudir a proposiciones que niegan la existencia de un ente, es una simple contradicción. Se ha afirmado anteriormente que el “es” no presupone la existencia, al “es” no le es posible sustituir como ente mismo; se presenta siempre como alusión, en la cual puede suponerse que es una determinada cosa. Si se llena el predicado por medio del existir, diciendo que tal determinada entidad “es existente”, todavía falta precisar la manera, el cómo, el cuándo o el dónde de la existencia. Lo que resulta subsecuente, de que “es existente”, se ve precisado de un contexto en el cual desarrollar estas bases.

Esto, evidentemente, dicta que el concepto que describe lo existente y el que describe lo ficticio no son concurrentes en el modo referencia, y esto se da, por así decirlo, en cuanto a conceptos de forma distinta. En otras palabras, el referente aunado al concepto no introduce particularidad, en el modo en el cual no sea factible la determinación, de si un ente existe o no.

Autores como Bretano han intentado, en cambio, mediar entre el intelectualismo “tradicional” y las exigencias del empirismo. En esta línea de pensamiento, se puede encontrar la afirmación de que si algo es, no carece de sentido; sin embargo, con ello señala que el término “es” no dice nada con respecto del “ser”, correspondiente al objeto. Parte de la premisa de la divergencia con Kant, ya que el “ser” no se da como un predicado real, más bien nos lo muestra como una condición ontológica de los entes. Esto es, en suma, el reducto de pura actualidad como juicio existencial, lo cual equivale a obviar la temporalidad en el juicio, aunque no en la cosa, por lo que en la labor del juzgar a colación, y como tratamiento de este como un acontecimiento (por lo que se habla

de algo pasado), y se hablaría de “es verdad el haber sido de la cosa” y no se entraría a conocer “algo que ha sido”.

Los que mantienen ligados los términos, donde radica el problema de la existencia, siendo que esta queda implicada en las cuestiones pertinentes a la relación entre lógica y lo real, consideran que el concepto de que algo realmente existe, está determinado por el modo de su referencia y esto se logra, ya sea suponiendo que algo real da cabida a estructuras lógicas, o que esto es precisamente al revés, que el sentido lógico sea viable, únicamente en las estructuras ontológicas de lo real.

Algo así no se encuentra en los autores que sostienen una independencia y heterogeneidad en ambas instancias. Tratando de iniciar un marco de acción según esta tesis, no se encontraría sustanciación en el contenido de conceptos, ya que se dotaría de neutralidad al concepto, frente a lo real.

Finalmente, según Gilson, la irreductibilidad de la esencia y de la existencia es sostenida por el concepto (Gilson, 1951). Bajo la luz de la teorificación actual, o la que se trata en este caso, se puede ubicar y aprehender la ciencia de la existencia, pero esta no sería posible en el acto mismo del “existir”, por lo que como objeto, es accesible únicamente como “experiencia” (experiencia no forzosamente de índole irracional, pues, en último término, representaría la posibilidad de juicio existencial). Es, en efecto, el juicio al que como dice Maritain: “se enfoca con el acto del existir”. Con lo cual el concepto de la existencia no podría ser, una vez más, separado del concepto de la esencia, inseparable de él (Maritain, 1982).

2.2.3.2. Teoría del existencialismo jurídico

En términos jurídicos una teoría existencial sólo puede ser operable, en el tanto y en el cuanto las demás ciencias culturales contengan en su acervo teórico, asimismo que traten en la praxis, diferentes maneras de teorías valorativas y un marco operacional, surgido de las ideas lanzadas por la teoría fenomenológica.

A lo largo de la historia, teorías e ideas de las diferentes actividades filosóficas, artísticas o científicas, han topado con la imposibilidad de ser abarcadas en un mismo plano, por cuanto estas se encuentran abocadas a sus realizaciones, si se quiere retomarlas en un nivel de estudio. Sin embargo, puede decirse, casi por antonomasia, que la subordinación de las supradichas tendencias internas, se da bajo los parámetros universales de la existencia y las unifican una y otra vez en el comportamiento humano, a lo largo del tránsito de su desarrollo. Esta unificación, en un nivel existencial, es determinada por la historicidad en el comportamiento humano.

El existencialismo como tal posee, innegablemente, un carácter sintetizador, el cual otorga y se abre camino a través de la imposición de muchas soluciones propuestas; sin embargo, no adquiere el reconocimiento general de los principios que lo nutren, lo cual quiere decir que este, en gran medida, ha sufrido fuertes resistencias.

En el establecimiento de la ciencia filosófica del derecho pueden extraerse, según las distintas escuelas filosóficas, distintos ámbitos de teorización. Estas son: la ontología, la axiología y la gnoseología. Por lo tanto, han servido de base filosófica y de estudio, para los distintos autores que tratan el existencialismo en materia jurídica. La relación intrínseca que se encuentra entre objetos, en tanto se

hable de existencia unitaria de este, y la palabra “ser”, del comportamiento humano en el desvelamiento de su razón subyacente de una actividad de netos perfiles empíricos y metafísicos, es lo que se podría ubicar en una dimensión ontológica.

La dimensión axiológica se ocupa y trata los aspectos del objeto, cuyo valor trasciende al mundo jurídico, es decir, la del elegir la estimativa que se encuentra en el comportamiento humano, previo a emitir un juicio de valor, por lo cual se acude en múltiples raciocinios del arte. La actividad estética se mantiene en los finos deslindes que distinguen, sin separarla de las dimensiones ontológicas, trazando así un aspecto psicológico del juicio de valor (Haba, 2010).

Por último, en la esfera gnoseológica, la esencia viva del espíritu, el conocimiento emergente de toda mortalidad o eternidad del cosmos, en el ambiente jurídico de la civilización, la que entraña y estudia los factores cambiantes en tiempo y forma, de la conducta humana. Definiéndolo en sentido lato, el derecho no se retroalimenta autónomamente, sino que busca la estética innata del arte, el raciocinio de la filosofía y la pericia de la ciencia para su desarrollo.

En este último remanso recalca la ciencia jurídica en su afán matemático y mensurable. En su apego a las normas, y estas como abstracciones, le otorgan cierta seguridad y certeza en el giro cotidiano de su quehacer, así como la intensa cábala matemático jurídica, en la cual se sustenta el resto investigativo. Por lo tanto, en la constante evolución de transmutación en transmutación, de aspectos provenientes de lo más profundo de la filosofía, el campo investigativo de la ciencia y las valorizaciones en la forma de la estética se llega, a través de la

ciencia jurídica, a un estado de pureza tal, concebida por Hans Kelsen, de que se puede obviar toda especie psicosociológica iusnaturalista, que atienda estratos profundos de la juridicidad.

La teoría existencial, del mundo del Derecho, ha puesto en evidencia la tríada jurídica y ha mostrado la necesidad indispensable, de operar tridimensionalmente con la prioridad de la existencia sobre las esencias, las ideas platónicas, descrito así por Hartmann (Haba, 2010). En esta compositiva está el meollo de la vocación jurídica en la síntesis.

En la dimensión gnoseológica de lo jurídico, la cual se equiparó por mucho tiempo con el todo del mundo jurídico, se ha realizado a través de recientes investigaciones su ubicabilidad, gracias a la teorificación de la existencia. De las nuevas formaciones intelectuales, por las cuales ciertos procesos han logrado su sedimentación objetiva, no son un pequeño reducto de la teoría gnoseológica. Sin embargo, resulta pertinente, debido a la complejidad con la que se ha tratado en las dimensiones axiológicas, encauzarlas en sus límites más estrictos. Estos constituyen capas importantes del sentido.

Conforma un yerro igualmente, tratar estas estructuras como simples vacías *ratio*, cuya subordinación se encontraría bajo la sabiduría del corazón y la intuición espiritual creadora de maravillas. A esto Swedenborg dice: “Si fuesen examinadas sus cosas interiores o sea sus ánimos, se vería que son llenos de odio hostil uno contra otro, y que en su razón se ríen de todo lo que es recto, y sincero, y asimismo de lo divino, lo cual rechazan como una cosa sin valor.” (Swedenborg, 2017. Págs. 514 - 515). Con ellos se impondría un planteamiento, desequilibrado y supeditado a un poder sin constancia alguna, ya que se tocarían

temas indefinibles en el ámbito racional. Todo esto se puede resumir, en el momento en que se toman todas estas unidades ideales de significación, estas imágenes mancomunadas del pensar y lo pensado; una actividad conceptual, como el todo en el mundo jurídico, marca un gravísimo error ya que sería un desligue indetenible, con la realidad de la ciencia jurídica; por lo que cuanto más alejada se encuentre, la idealización en la que se participa en la formación de estos conceptos, es más grave el yerro en su producción y moldeamiento. La tarea que se presenta de forma analítica, en sus desarrollos, se tornaría poco fértil en cuanto a sus aportaciones.

El Derecho, tanto en la ciencia como en la praxis, es un ente temporal, por lo cual su reducto próximo se encuentra en la vitalidad misma humana; sin embargo, se encuentra también en los estados de ánimo, cuya estratificación siempre se presentará en las distintas dimensiones de la personalidad y el comportamiento. Además de lo anterior y en virtud siempre de la ciencia del Derecho en su estilo tradicional, si se extrae la filosofía y la estética de su recinto estudio, resultaría a todas luces insuficiente. Quedaría sin poder abarcar la problemática de trascendencia capital para la juridicidad. Es esta verdad, la determinante de un nuevo estilo de pensar científico jurídico; las raíces existenciales ponen el acento primigenio de toda meditación y quedaría acéfala, si del medio conductual del pensamiento jurídico se extraen el ámbito psicológico y la esencia del comportamiento.

Estas aseveraciones dan un asidero de verdad, al hecho de que la teoría del existencialismo jurídico, o dicho con mayor propiedad, las teorías existenciales del mundo jurídico, no comprenden como fin único la transformación de la ciencia del

Derecho en filosofía, o simple y sencillamente en estética jurídica. Como se ha dicho en capítulos anteriores, lo que pretende es hacer ciencia a través de nuevos aspectos matemático jurídico, o el aspecto ontológico jurídico y la racionalización de los planos de la existencia, sin dejar de lado que expresa una vocación de la verdad. Bien puede darse el caso, de que este tipo de ciencia se sirva de los auxilios de la filosofía y la estética, para hacer factible un marco teórico y valorativo, sin abandonar su misión científica y subordinada a sus necesidades específicas.

El existencialismo en la ciencia jurídica abre un amplio abanico de temáticas y por ello, su temática converge en la prerrogativa; ejemplificando lo anterior, en términos de libertad, esta no busca ser o estar dentro del acervo de estados adquiridos por el hombre, quien se autodefine como ser libre, a través de la alquimia existencial de su historia. En “todos los hombres son mortales”, Simone de Beauvoir muestra la ambivalencia del ser humano, que nace entre el resquicio racional de proteger la vida y el imperioso deseo no de sobrevivir sino de vivir, en el cual el protagonista anhela, ansiosamente, la muerte. Su total aniquilamiento como única y paradójica posibilidad de humanización.

En el pensamiento de Karl Jaspers se encuentra que: “sólo en tanto que existe conocido ese saber se encuentra presente la libertad y no sólo una reclamación hacia afuera por parte de hombres de libertad.” (Jaspers, 1998. Pág. 92). Y es que al consentir la libertad, inclusive como concepto en referencia al escalonamiento corporal no elegible, sino parcialmente, se enuncia a través de un nivel científico con especulaciones que atienden un fondo único del existir. Con estas líneas también se ejemplifica lo dicho anteriormente, en cuanto a la

utilización de la filosofía para la conceptualización de un trasfondo jurídico, ya que una meditación con respecto a ello se servirá siempre de métodos cabalísticos filosóficos, en cuanto al decir reflexionar sin ataduras taxativas, apreciar y encauzar sobre la dirección y el sentido de lo que es netamente importante o lo que resulta de una naturaleza intrascendente para el jurista. Sobra decir, que el término libertad y su tratamiento, así como su conceptualización, es el nervio central y motor de toda consideración existencial, dentro del mundo de lo jurídico.

En los últimos años, la ciencia jurídica, con la introducción de la teoría de la existencia, ha dotado de vitalidad la intención de fe y saber y por tanto del conocimiento en el comportamiento del hombre. Fe y emoción realizadas en planos estéticos; saber y conocimiento enderezados a planos científicos y esta bifurcación opera en la interacción del proceso dialéctico, para dar estructura de un aspecto de importancia continente, para la ciencia del derecho, pero abarcando siempre los aspectos de inacababilidad definitiva y la imposibilidad de englobar su extenso complejo, en un final sintetizado.

Retomando lo anterior, hacer un escalafón la problemática jurídica desde sus fundamentos, dota de estructura a la discusión de la teoría del existencialismo jurídico, por lo que términos como humanismo e integración, ocupan una posición privilegiada en ella.

Desde todas las perspectivas, convergen las temáticas existenciales en experiencias íntimas vivenciales, que palpan la angustia como modalidad última del ser existente, respecto a lo que Kierkegaard ilustra de esta manera: “la angustia tiene aquí el mismo significado que el que encierra la melancolía en un momento muy posterior, a saber, cuando la libertad, una vez que ha recorrido las

formas imperfectas de su historia, está a punto de alcanzarse a sí misma en el sentido más profundo.” (Kierkegaard, 2016. Pág. 103). En esta modalidad del hombre, que se enraíza en la conciencia de finitud que tiene de sí mismo, en su inexorable destino de morir y por tanto, en la elección de optar por la realización de un proyecto vital. *Id est*, el desasosiego, respecto a lo que Pessoa indica: “y así soy, fútil y sensible, capaz de impulsos violentos y absorbentes, malos y buenos, nobles y viles, pero nunca de un sentimiento que subsista, nunca de una emoción que prolongue y entre hasta la sustancia del alma. Todo en mí es ciencia para ser a continuación otra cosa; una impaciencia del alma consigo misma, como un niño inoportuno; un desasosiego siempre creciente y siempre igual.” (Pessoa, 2013. Pág. 25). Y es por lo que deducimos que este desasosiego, esta prístina modalidad determina su libertad, en un sentido en que su conducta sea consistente con su actualidad y su realidad mortal.

Las aportaciones acotadas por las diversas escuelas, que han versado su materia sobre el existencialismo jurídico, han sido múltiples y puede afirmarse que en este sentido de la ciencia jurídica, todo ámbito de terreno social ha sido previsto y tratado por estas. Incluso, puede hablarse de resultados evidentes dentro de la doctrina, aun cuando sean juristas adversos según sus posiciones y por lo anterior, en el desarrollo de las doctrinas existenciales puede elaborarse una genealogía, sin dejar de lado nombres relevantes que han aportado avances significativos, dentro de esta doctrina.

2.2.3.3. El animismo, dentro de la doctrina jurídica

Dentro del fuero que presenta toda axiología, cabría referirse al ánima o alma que vivifica todo fenómeno natural, porque el mero aspecto ontológico no da respuesta de cómo el todo interactúa con la naturaleza, en su amplio sentido respecto al hombre. Sin embargo, identificar el ánima con un ente divino o de cualidades divinas, significa caer en una vaguedad de términos, por lo que el todo, el cosmos y el hombre en su cosmogonía, son presentados como una manifestación que responde directamente a la naturaleza animada del universo.

Según el etnólogo Edward Burnett Tylor, en su obra "Cultura Primitiva", el animismo es, en términos generales, la doctrina de los seres espirituales, en tanto abarca la misma esencia de una filosofía espiritualista, opuesta a toda filosofía materialista (Taylor, 1981). Ahora bien, el animismo se divide, según Taylor, en dos grandes dogmas, que forman parte de una sola doctrina consistente: a) las que pueden referirse a las almas de criaturas individuales, capaces de poseer una existencia continuada, después de la muerte y destrucción del cuerpo y, b) el que concierne a los espíritus, que poseen el rango de divinidades poderosas.

Aplicando este teorema a una concepción histórica, dicho animismo coexiste, desde tiempos de los pueblos primitivos, con el antropomorfismo. Esto no significa que la animación del todo o ser concebido se ha equiparado, en analogía, con el ánima del hombre.

La concepción de un alma o espíritu, trasciende la existencia misma del universo, a la idea de las esencias que son buscadas a través del estudio del derecho. De esta manera, se dota de una razón suprema de la existencia, de un derecho natural.

Dicha concepción no sería del todo errónea, ya que el valor supremo de la justicia o la verdad real de los hechos, corresponderían a esencias puras, abarcadas en un estudio jurídico.

Para dar fundamento a la aseveración anterior, aquí se hace réplica de las palabras que Sócrates dio a Simmias, en la obra de Platón: "Fedón o del alma", cuando este dudó de los razonamientos del primero, con respecto a lo que sujeta el alma al cuerpo. Sócrates hizo el símil de equiparar el cuerpo a la lira y el alma a su armonía. Para él, el alma es su armonía en cuanto a su inmaterialidad y su carácter insensible y el cuerpo, con la lira en sí. Estos dos poseen la cualidad de corromperse en cierto tiempo determinado (Platón, 1975).

Con base en la idea de la inmortalidad del alma, de Platón, el materialismo encontrado en la naturaleza esconde o encuentra su esencia, en un ente inmaterial, incorpóreo en términos ontológicos y por tanto, eterno. Esto se imbrica en la praxis al referirse al valor de la vida, como derecho fundamental, además de valor supremo, que al ser materializado, corresponde a la presencia formal del hombre o la justicia e igualdad, de igual carácter soberano. Estos se corporizan a través de la naturaleza gregaria, su afinidad por vivir en sociedad. Por lo tanto, entendemos de esto que el grado existencial de la humanidad encuentra su ánima, alma o animismo en una esencia pura, eterna e inmutable, emanada directamente de la naturaleza misma del animismo, no mecánica, del universo cuyo sustento encuentra en otras esencias puras, por antonomasia: la vida en la cual se origina la relación edad del hombre.

Para Kelsen, el animismo puede encontrarse, de igual forma, en la sociedad del universo. Es cáustico, de carácter residual ya que la interpretación configura el

animismo en la cosmogonía. Kelsen lo define en los siguientes términos: “El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como protegerlo.” (Kelsen, 2009. Págs. 88-89).

Es obvio, de todos modos, que el término “animismo” presenta para esta concepción cierta vaguedad en su definición, pero no convendría evitarlo, ya sea para aplicarlo a toda doctrina según la cual, el alma, o una realidad de un modo acorde a ella, constituye la actividad de todos los seres y no solamente de todos los cuerpos orgánicos, sino también, por ejemplo, de los propios astros y aun del universo concebido como unidad. En este sentido, pueden calificarse de animistas las doctrinas antiguas y renacentistas, que sostienen la existencia de un alma del mundo.

2.2.4. FACTOR B - SEIN-SOLLEN

2.2.4.1. Axiología General. Leyes naturales: el valor intrínseco

Para el entendimiento de futuras ideas surgidas, a lo largo de la investigación, debe plantearse el campo de acción. Son estas ideas las que generan la base, para un conocimiento que atañe a los distintos aspectos, inherentes al campo de formación del derecho.

Aquí cabe una acotación, la cual es más que necesaria para el actual estudio. **La idea.** Se debe entender, en lo particular, el carácter finito de la mente humana en su tarea de herramienta del saber.

Berkeley definía la estratificación de la mente, en el maravilloso mundo del conocimiento, como algo finito, la cual no era de extrañar que cayera en absurdos y contradicciones, en el proceso de investigación de lo infinito (Berkeley, 2007); sin embargo, él creía a su vez en la injusticia de atribuir la personificación de las facultades humanas al error. Dichas facultades pueden ser la causa de la contradicción, debido al mal uso que se les da, es decir, al mal empleo de la herramienta del raciocinio y no hacer recaer toda responsabilidad al carácter falible de la mente humana.

No le es propio a la mente entender todo aquello que es infinito, por cuanto el positivismo es considerado como una filosofía impracticable para el físico, ya que este desconoce las leyes que gobiernan el universo. Debe retomarse la aseveración mayormente aceptada, que conduce a una ley *a priori*, frente al evento o ley natural, que por su grafía infinita es inmutable y permanente para todo suceso. No se ha establecido cómo son o en qué forma funcionan las leyes naturales, así que el filósofo y el físico, al igual que el jurista, plantean teorías que,

mediante la observación, establecen cómo reaccionan estas ante los eventos generados por la ley natural.

Sin embargo, aquí se plantea una premisa, que es el movimiento único del todo: la ley natural es anterior al evento, por tanto, el último nace del primero, mediante un marco trazado por ley infinita.

Kant ha indicado que lo peculiar de toda ley es la universalidad en su forma. No hay, en efecto, excepciones para las leyes (Kant, 2006). Ahora bien, si la ley se cumple inexorablemente o debe cumplirse, pero puede que no se cumpla, es usual distinguir entre dos tipos: la ley natural (científica) y la ley moral (ética). La primera no puede ser violada debido a su infinitud e inmutabilidad; la segunda puede serlo. Por tal motivo, se puede decir que las leyes naturales se expresan en un lenguaje indicativo y las morales en un lenguaje prescriptivo.

Para este punto ya se ha trazado un cierto campo de acción: primero las leyes que se definen en naturales y morales, que generan un evento; por consiguiente, debido a su naturaleza prescriptiva, dan lugar a la ética y las ideas propias de la mente humana.

En la conjunción de relaciones puede darse cabida al objeto, que existe gracias a la perfecta armonía de los factores, los cuales convergen en espacio y tiempo, para ser la animación del universo. El objeto, que aún no conforma un bien para la ciencia del derecho, debido a que carece del juicio de valor, ya que se debe entender que los términos *bien* y *valor* tienden a confundirse; sin embargo son distintos. Para el jurista Haba: "...conviene distinguir, desde ya, entre los valores y los bienes. Los bienes equivalen a cosas valiosas, esto es, a las cosas más el valor que se les ha incorporado." (Haba, 2010. Pág. 6). Sin embargo, para su nacimiento ha de considerarse, que la abstracción en la ideas

no debe ser suprimida en la penetración de la existencia del objeto. Madrigal Cuadra lo plantea: “Un bien, es un objeto u objetos más la relación valorativa o valor, así un bien es un objeto valioso para un individuo o una colectividad dentro del marco de la temporalidad o historia, a su vez, hay varios tipos de bien, que se pueden dar aislados o conjugados, por el objeto o por coincidencia de valores.” (Madrigal, 1981. Núm.: 44)

Para un ilustrísimo pensador la generación de ideas abstractas generales eran todo cuanto separaba al hombre de los animales y conformaba la más notable de las diferencia intelectuales. Este pensador era Locke, quien atribuía la generación de las ideas abstractas al ser intelectual, como descripción anticipada que conducía a la existencia en general (Locke, 2005).

Para el objeto como tal y en lo que atañe a su funcionalidad, el planteamiento de su existencia versa sobre la importancia de este, por cuanto el evento no acontece sin la ley que lo precede, ni la materialización de algo que le dé su razón de funcionalidad.

2.2.4.2. Valores y Derecho

Resulta imposible establecer una verdadera ciencia del derecho, en tanto no se establezca y se comprenda intrínsecamente en su estudio, ya que lo jurídico se relaciona en muchas ocasiones con el mundo de los valores, por lo que el derecho aplica su raciocinio en la protección de derechos fundamentales, cuyo fundamento se encuentra en una axiología. Sin embargo, si se retoma el derecho como ciencia en su estudio puro, no se puede reducir, a pesar de su conexión con el mundo los valores, a simplemente un valor. El derecho es un conjunto de hechos que ocurren en la vida humana y en el área de la historia y ciertamente, comprende una serie de factores que no pueden ser encasillados pura e íntegramente en la rama de los valores. Esto se entiende como la naturaleza descriptiva de la ciencia del derecho, frente a la naturaleza gregaria del ser humano.

Tratar de insistir en una correspondencia perfecta entre los valores naturales y el positivismo en la ley, sería recaer en un gravísimo error. Así, por ejemplo ser justo, menos injusto o injusto, por lo cual salta a la vista el perspicaz axioma de que no todo lo justo es legal, ni todo es legal es justo. Muchas de las normas e instituciones jurídicas elaboradas por los hombres pueden haber resultado acertadas, pero muchas otras se han mostrado como yerros, inadecuaciones, e incluso como fracasos en su propósito de justicia.

En tiempos de la posmodernidad, la creencia en la capacidad del modelo originario de la racionalidad científica, conformada para resolver los problemas del ser humano, entra en crisis a principios del siglo XX (Ballesteros, 1994). A ello puede plantearse, de manera genérica, la radical convicción de proclamar la

necesidad de integrar y superar la modernidad a círculos vitales de la ciencia jurídica, evitando, eso sí, la crisis en la razón.

2.2.4.3. El empirismo frente a la axiología jurídica

La ley regula todo comportamiento humano, por lo que puede deducirse que el planteamiento de normas surge recíprocamente del segundo, encaminadas a proteger un bien común; si se toma lo anterior como base, se puede decir que la ciencia jurídica contempla el empirismo dentro de la axiología, ya que este aplica a las doctrinas filosóficas, las cuales que sostienen que la única fuente de conocimiento es la experiencia sensorial, y que con esto se niega que la razón, el intelecto y el pensamiento, conforman fuentes independientes de conocimiento.

El problema que nace a partir del empirismo y del cual se busca una solución bajo un sistema pragmático, o de neta experiencia, puede plantearse los fundamentos en dos vertientes: la primera la conforma el aspecto psicológico dentro de la conciencia, además de la psiquis humana y la segunda, al nivel teórico de la epistemología, de cuyo planteamiento se puede citar a Berkeley: “nos da, en efecto, una como previsión que nos habilita para regular nuestras acciones en provecho propio. Sin ese conocimiento quedaríamos perpetuamente indecisos; jamás podríamos saber, cómo procurarnos el más ligero bienestar ni cómo apartar el más leve dolor de los sentidos”. (Berkeley, 2007).

Planteando este problema en el campo psicológico, se trazan las pautas por seguir para establecer el proceso, que de hecho, utiliza la mente para la tarea de conocer. Según las concepciones del empirismo, la conciencia es una hoja en blanco, no hay nada escrito; sin embargo, lo externo dicta las impresiones que en ella quedan grabadas, a través de la experiencia. En ella se comprenden las afirmaciones, puras y simples; no existen correcciones, añadiduras o apuntes posteriores, por lo tanto, no hay nada en el conocimiento que no se hubiese dado

antes en los sentidos. Dicho de otra manera, dentro del conocimiento humano no hay cabida para las ideas innatas.

El conocimiento se constituye por medio de las ideas, es decir, de pensamientos, en suma, de fenómenos psíquicos. Locke, quien sostiene que en el alma no hay ninguna idea innata, se pregunta por cuál sea el origen de las ideas que están en la mente (Locke, 2005). La acotación necesaria es, que “el origen de las ideas” se da igualmente a través de dos vertientes: (y retomando lo anterior) el aspecto psicológico, e igualmente, el de la teoría del conocimiento. Se deduce del pensamiento de Locke, que por origen debe entenderse un mecanismo psicológico, capaz de formar las ideas.

Una vez definida (según Locke) la fuente de las ideas, esta puede clasificarse en dos tipos: a) la sensación, es decir, la modificación de la mente por las impresiones sensoriales y, b) la reflexión, que consiste en el apercibirse la mente de lo que en ella acontece, en suma, la experiencia interna (Locke, 2005).

El presente es un problema gnoseológico, por tanto trata de buscarse una respuesta, según las bases del empirismo, dentro de la teoría epistemológica o teoría del conocimiento. No se trata de los azares y vicisitudes de su producción de hecho; no se estudia la sucesión cronológica de los actos del conocer, es decir, su génesis, sino que considera el producto, el resultado, esto es, el conocimiento ya elaborado, en cuanto a su validez, en cuanto a sus satisfacciones y a su objetivo.

Ejemplificando lo anterior, puede citarse la diferencia que se encuentra en el estudio de la invención de la pólvora y en la investigación inherente sobre sus cualidades químicas. También al hablar del modo como el niño descubre su

imagen en el espejo, ya que es sólo una proyección y no la realidad y otra es, estudiar las leyes objetivas de una refracción. Por ende, puede aducirse que se trata de indagar y explicar, una conformación objetiva del conocimiento ya elaborado, es decir, se entra a conocer la fenomenología de este, sus relaciones, validez y efectividad, por lo tanto, la pretensión de verdad.

Sin embargo, las grandes doctrinas del empirismo inglés (Locke, Berkeley, Hume y John Stuart Mill), fueron filosofía propiamente dicha. El trato a fondo y sin reservas con los grandes temas filosóficos, si bien estos fueron abordados desde el ángulo estrecho del intento de reducirlo todo a pura experiencia, fundamentó sus logros en genuina filosofía. *Id est*, Hume indica: "...cuando analizamos nuestros pensamientos o ideas, por muy compuestas o sublimes que sean, encontramos siempre que se resuelven en ideas tan simples como las copiadas de un sentimiento o un estado de ánimo precedente. Incluso aquellas ideas que, a primera vista, parecen las más alejadas de este origen, resultan, en un estudio más detenido, derivarse de él." (Hume, 2015. Pág. 50). Pero, hasta cierto punto, estas doctrinas resultan insuficientes, ya que el reducto a la experiencia constituye una imposibilidad, propia del comportamiento que niega la norma. Otra doctrina, en cambio, constituye las premisas del empirismo radical y en su extremo más próximo, pero existe una renuncia, por principio, a los temas netamente filosóficos. Dicha doctrina se establece a través del positivismo, al menos en cuanto a sus premisas tan subrayadas por sus representantes. Sin embargo, vale decir que estas premisas, tanto por su fundador como por sus partidarios, no han sido observadas con todo el rigor.

El positivismo, sobre todo en cuanto a los principios restrictivos que establece con toda severidad, es una modalidad de doctrina empirista, con acento más bien apoyado en las bases de la epistemología, la cual sostiene que el único conocimiento legítimo y válido es el que se funda en la experiencia, abarcada ésta desde la observación y la experimentación, y que por lo tanto niega, toda validez objetiva cualquier pensamiento metafísico y todo ensayo de formulación de normas ideales.

El límite exclusivo del positivismo lo establece la doctrina misma, ya que esta se centra en lo dado por la naturaleza y la descripción es el resultado. El positivismo constituye una doctrina que muestra una hostilidad a la deducción, la construcción y al sistema, por su tarea reductiva de los campos de la filosofía a los resultados de las ciencias, acentuando su pragmatismo a las ciencias de la naturaleza.

2.2.4.4. La filosofía moral de la ética

La investigación sobre los fundamentos, y las motivaciones por lograr, consistieron un punto inalienable en la curiosidad especulativa, sobre los problemas humanos. Con esto se advirtió una marcada tendencia a investigar, algo que se dio desde el principio, cuando en la antigua Grecia comenzaron a surgir las interrogantes sobre el hombre y los fenómenos que lo rodean.

El primer atisbo de una doctrina sobre las costumbres se encuentra, cuando empezaron a aparecer los más diversos intentos por la interpretación filosófica, frente a los aspectos en que la conducta fue mostrada, ordenadamente, bajo un complejo de normas estatutarias.

Por un lado se encuentra la teoría de la motivación metafísica, que contenía la estructura del obrar humano bajo un orden cósmico, metafísico y sublime, reconocido por el hombre mismo. Por otro, la teoría motivada por las características psicológicas, que buscaba interpretar el obrar humano dentro de la naturaleza propia humana, abarcando sus impulsos altruistas o egoístas.

En este último se desarrolla un grave problema de la autodeterminación ética, cuya solución fue tratada por los sofistas, al sostener que la naturaleza estatuida se rige únicamente por la voluntad determinada, cuando se emite un criterio propio individual. Constituye esto un punto de partida, cierto y seguro, para la reflexión ético filosófica.

Con ello se traslada la consideración del fundamento ético, desde un plano meramente de hipótesis metafísica, al fuero de la certidumbre inherente a la experiencia interna. Aquí se supera, precisamente, la posición escéptica, se establece la base de todo sistema moral. Si el universo es reductible a uno o

varios elementos; si el principio de todo lo que existe es el agua, tierra, aire o fuego, es una mera suposición, todo aquello que constituye sólo una hipótesis indemostrable, un carácter que no se encuentra. Al tratar puntos como la justicia, la amistad, el valor y el placer como bienes, son cualidades valiosas de la vida. Todo ello admitido, indubitadamente, a través de la propia inmediata experiencia, sin que medie una teorización al respecto, previamente establecida.

Casi toda filosofía post-aristotélica llegó a considerar a la ética como una disciplina teórico-práctica de muy amplio contenido. No fue así con la metafísica de las costumbres, ya que esta abarcaba todo lo relativo al comportamiento humano, hasta las implicaciones más extremas.

A la escolástica se le atribuye la restricción en el campo de la ética, al ámbito estrictamente moral, dentro del cual había sido encuadrada, originariamente, por Sócrates.

Debe entenderse que recíprocamente, todo aquello que era considerado en el ámbito estrictamente moral, se inmiscuía en todo lo relativo al derecho. Aunado a esto existen álgidas cuestiones sobre la moral en el obrar, integradas en la praxis al derecho. Igualmente, debe entenderse que la moral está ligada, desde su nacimiento, a la naturaleza intrínseca del ser humano y en muchas ocasiones, se muestra una dependencia por parte de la moral, en la jerarquización social establecida por el hombre y que da forma y estructura a su entorno, la que incluye al Estado en su giro bifásico del funcionamiento civil militar, entendida como la emanación de órdenes.

Se mantiene en esta línea de ideas lo expuesto por el filósofo Gustav Radbruch, cuya fórmula propició el estudio de la moral en sus distintos estadios,

ya sean estos en el tiempo o a través de las culturas.

La única manera de estudiar, la fórmula planteada por Radbruch, es entendiendo el contexto histórico en el cual fue formulada.

El veinte de noviembre de 1945 empezaron en Nuremberg, los juicios contra los principales lugartenientes de Adolf Hitler. El tribunal interaliado estaba presidido por el presidente de la Suprema Corte de Inglaterra, Lawrence; siendo los jueces: Francisco Biddle, de Estados Unidos; el general Nikitchenko, de la URSS y Domedien de Vabres, de Francia. Los acusados eran veinticuatro.

La fórmula apareció en 1946, por el iusfilósofo Gustav Radbruch como respuesta y reacción a los excesos del régimen nacional-socialista alemán.

2.2.4.5. La fórmula

El planteamiento de Radbruch radicaba, inicialmente, en dos principios: “la ley es la ley” y “órdenes son órdenes”; principios en los cuales se identificaba al régimen nacional-socialista alemán. Durante décadas, los juristas alemanes no encontraron oposición a la ilimitación que presentaba el enunciado: “La ley es la ley”, expresión por excelencia del Derecho Positivista; por ello la injusticia legal y el Derecho Supralegal eran una contradicción de sí mismos, justificante por la cual los juristas alemanes quedaron inermes, ante las normas arbitrarias y criminales.

El iusfilósofo Radbruch en: “Arbitrariedad legal y derecho supralegal”, acepta el valor que representa cada norma, aun sin considerar el contenido que ésta tenga con respecto al ordenamiento jurídico, ya que siempre es mejor que no tener norma, la cual da seguridad jurídica (Radbruch, 1962). Pero en la seguridad jurídica no radica todo el accionar del derecho. Sin embargo, Hannah Arendt se refiere a esta problemática de la siguiente manera; “Hablar en la forma de ordenar, y escuchar en la forma de obedecer no tenían el valor de los verdaderos hablar y escuchar; no era libertad de palabra a un proceso determinado no por el hablar sino por el hacer (tun) o el laborar. Las palabras en este sentido eran sólo el sustituto de un hacer que presuponía la coacción y el ser coaccionado.” (Arendt, 2018. Pág. 71)

Es imperativo, tanto para el sujeto que aplica cierto raciocinio, no solo al emitir un juicio de valor, sino también fundamentarlo, como para la ciencia del derecho someter un todo a una valoración previa, para conceptualizarlo bajo la norma y la seguridad jurídica ocupa uno de los más altos grados en el escalafón.

Dicha valoración emitida por el juicio es real.

Por otra parte, la realidad de este valor puede ser traducida al ser como tal, el cual es representado por un punto de indiferencia equivalente al cero; si bien el valor circula en un principio de polaridad, el valor agregado hace que el juicio emitido se aproxime o aleje del cero, ya sea de forma negativa o positiva y este movimiento, a diestra o siniestra de la existencia real del objeto, crea una ruptura en la indiferencia o punto cero. De esto se desprende, que la ruptura de la indiferencia genere la jerarquía en la valorización.

Según Radbruch, en el orden jerárquico de valores, la seguridad jurídica aparece, en una favorable posición intermedia entre la adecuación afín y la justicia. El punto de partida en esta pugna es una ley discutida en su contenido pero positiva y un derecho justo que no ha sido transformado al positivismo, el conflicto es, por sí y solo en sí, entre la justicia real y la justicia aparente.

La vertiente del artículo expuesto, por el iusfilósofo Radbruch, se configura en dos presupuestos: la intrusión de un conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica, donde la solución al nudo gordiano impera, en el sentido de que el derecho positivo asegurado por estatutos y el poder, comprendan también la preferencia cuando sea injusto e inadecuado, en cuanto al contenido de la norma, *contrario sensu* que la divergencia entre el positivismo de la ley y la justicia, adquiera un nivel tan insostenible que el “derecho injusto”, aquí visto ya en la ley, ceda ante la justicia. La otra rama que retoma el artículo es, la negación absoluta de la naturaleza jurídica de la ley positiva, ya que el contenido de la norma niega o desconoce concienzudamente la igualdad, el epicentro de la justicia, algo de lo cual ya no se tomaría solo como “derecho injusto” sino que, quedaría acéfala en su naturaleza jurídica y se tornaría epicúrea.

2.2.4.6. El concepto de la *Lex Iniusta* en la ontología jurídica y aspectos metajurídicos

Lejos del tratado normal escolástico, un estudio amparado en la doctrina jurídica clásica deja entrever, que es la corrupción de la ley lo que permea todo aquello que se aleja de la ley natural. En su *Suma de Teología*, Santo Tomás de Aquino aplica la similitud entre ley injusta y ley tiránica; ambas concebidas lejos del fuero de ley natural: “La ley tiránica, por lo mismo que no se conforma a la razón, no es propiamente ley, sino más bien una perversión de la ley” (Aquino, 1993. Pág.: 719).

En sentido amplio, no se puede apartar la ley injusta del rango de la ley natural, por cuanto su relevancia jurídica no es por completo nula. Ambas, la ley injusta y la tiránica, si bien no coinciden en cuanto al órgano legislador que la emitió, conllevan todo un proceso de promulgación y publicidad. La ley tiránica posee, en su particularidad, un incipiente deber de obediencia con respecto al rey o gobierno y sus súbditos o administrados, aun cuando el primero no sea legítimo, pero está enrumbada a un bien común en algunos casos. El régimen tiránico e irracional genera la aplicación del término ley, no en el sentido congruente y absoluto de la palabra, pero sí en un sentido secundario y analógico. Es secundario en cuanto al principio de obediencia a la ley y el sometimiento del derecho a esta. Se busca el orden, la paz y bien común, concediendo y/o sustrayendo derechos a las partes, y la obligatoriedad de ceder en estos últimos es intrínseca al deber de obediencia. La racionalidad no es un requisito dado para toda ley. Lo analógico es, y para toda ley, susceptible a interpretación; de ahí el hecho de que se extraiga el carácter secundario de obediencia, de la norma tiránica. Ya planteada la problemática de la obediencia de una norma, cuyo

contenido sea inconstitucional, antinormativo e incluso irracional, se da a la luz el paradigma del conjunto jurídico-estatal, considerado como un todo en sí cerrado, un sistema libre de contradicciones y exento de invalidaciones jurídicas; sin embargo, dicha aseveración lleva a pensar, casi inmediatamente, en la anulación o al menos en la alteración de un sistema así expuesto.

Esto se responde desde la misma anulación, ya que conforma la organización interna y por ende, el génesis del ordenamiento jurídico, dado en un tiempo y lugar determinados. La promulgación, validez, eficacia y extinción de las normas, sea ley antigua y derogada o ley recién votada, responden a la correspondencia intrínseca e interna de normas de distinto grado. La existencia de una norma suprema, sea constitucional o religiosamente una norma talmúdica o coránica, presupone la existencia de normas de distinto género y grado.

La especialidad de una norma y la generalidad de otra, llevan a una existencia de la correspondencia de normas en una relación gradual y vertical.

De ahí se parte a la concepción de leyes antinormativas y leyes injustas, con respecto al grado que presentan, ante las demás leyes que prevén un aspecto contrario al que la ley injusta pretenda regular, pero esto solo tiene lugar en cuanto a la validez de la norma, ya que solo comprende un tiempo, un lugar y solo ciertos sujetos, a quienes alcanza el rango del ordenamiento.

2.2.4.7. Responder la conceptualización de la ética

La ética, como estudio de campo, puede definirse como toda aquella doctrina de las costumbres, que abarca igualmente toda dirección empirista contenida en ellas. Por lo anterior, al descubrir los problemas fundamentales en los que se ocupa el filósofo contemporáneo, este atiende, aun cuando sea en un sentido muy lato, la historia de la ética. Sin embargo, cabe hacer la acotación, de que en el campo histórico de la ética como disciplina filosófica, es reducida en cuanto a su desarrollo e historia de las ideas morales de la humanidad, ya que lo que compete es la regulación instaurada en la conducta humana; la cual se ha desenvuelto en el tiempo, desde épocas prehistóricas hasta el presente, así que al establecerse la ética, dentro de la historia del hombre, se habla de un estudio filosófico, histórico-filosófico y también social.

En el establecimiento del término “ética”, se implica particularmente la disciplina filosófica, pero ello no significa que esta sea privativa; se ocupa, o puede servirse, de recursos propios de las disciplinas como la antropología y la sociología.

De tal manera, al retomarse la conceptualización de la ética, en su función primitiva, se utiliza fundamentalmente como adjetivo y la expresión “ética” es aplicable desde un carácter estimativo del comportamiento humano.

En la cultura helénica, se llevó a cabo la acentuación del fenómeno ético y era visto como una doctrina propia de las costumbres, su teorización se basó en los actos humanos. De este desarrollo es posible plantear dos premisas: a) el apriorismo directo a la ética será el acto humano, mejor dicho el comportamiento, ya que este aspecto se dota de la condición gregaria y, b) es esta condición

precisamente la que da la naturaleza de lo ético al comportamiento; *id est*, esto debe estar regulado por postulados o presupuestos, reglados por el mismo hombre.

De este reducto evolutivo del vocablo, en su concepción más puntual y específica, se alude al comportamiento moral del hombre y por tanto, se encuentra dentro de él, el conceptualismo jurídico. Así que desde la dimensión ontológica del hombre, se ha situado lo ético en el escalafón progresivo de lo bueno, lo honesto, lo justo y en su connotación general, aquello positivamente valioso para la vida plenaria exigible.

En la ulterior evolución del vocablo, es conservado aún su sentido progresista y se pueden conferir dos caracteres, cuyo significado trasciende directamente: uno, el término ético alude a la función adjetiva a los actos y normas referibles a dos órdenes de la conducta, instauradas dentro de la vida plenaria del hombre: el derecho moral.

El otro, como resultado directo y aspecto inherente a la dimensión ontológica del hombre, en su condición gregaria y sujeto político.

2.2.4.7.1. Conceptualización de la ética según Sócrates

A lo largo de la investigación filosófica sobre los campos morales, se ha tenido a Sócrates como fundador de la reflexión ética, ya que han sido innumerables los autores que reconocen que dicha inferencia no hubiese sido posible, si no hubiera sido ubicada dentro del marco y sistema de ideas morales que el filósofo helénico, no sólo instauró, sino que vivía regido por ellas, y en las cuales, se coloca la acentuación sobre las cuestiones suscitadas cerca de ellas por los sofistas.

Dentro de su línea estaba, considerar el problema ético individual como un asunto central dentro de la doctrina filosófica y con esto, centró toda reflexión sobre la ética, en un nivel filosófico.

Para Sócrates, todo fuero moral abarca aquel conocimiento real, sobre lo bueno y la idea del bien. De esto puede deducirse que el acto de voluntad, cuyo fundamento se encuentra en todo conocimiento verdadero está encauzado y necesariamente, atiende precisamente hacia el bien. El hombre, como ser dotado de virtud y de bien, no lo es por el mero hecho de su voluntad ni por una virtud inspirada en bases espirituales, responde a esta condición a partir de su ánima cognoscitiva.

Con esto da pie, a que el problema ético sea abarcado desde otro punto de vista del entendimiento: el conocimiento verdadero de la idea del bien y de lo que es mejor.

2.2.4.7.2. Conceptualización de la ética según Aristóteles

Según la percepción aristotélica del problema ético, se encuentra la distinción que se hace entre las virtudes éticas y las dianoéticas, en las que las primeras

encierran el término de lo “ético” y es tomado desde un punto de vista adjetivo, por lo que virtudes éticas son para Aristóteles todas aquellas que se desenvuelven en la praxis y las que tienen como objetivo la consecución de un fin; por lo tanto, al hablar de las dianoéticas, se hace referencia a todas aquellas virtudes propiamente intelectuales.

A las primeras les corresponde la realización del orden en la vida del Estado: la justicia, la amistad, el valor, etc.; entonces se trata de las que surgen directamente de la costumbre y el hábito, además de las que responden al nombre de virtudes de hábito o tendencia. Las segundas, en cambio, nacen de las virtudes fundamentales, las que corresponden a principios de la ética, las virtudes de la inteligencia o la razón: sabiduría y prudencia.

En la evolución posterior del sentido del vocablo, lo ético se ha identificado cada vez más con lo moral; la ética ha llegado a significar propiamente la ciencia que se ocupa de los objetos morales en todas sus formas, la filosofía moral.

El fenómeno ético encuentra una sistematización gracias a Aristóteles, quien por primera vez se interesó en su conocimiento y estructura y la presenta como una disciplina.

2.2.4.7.3. Conceptualización de la ética según Tomás de Aquino

La filosofía aristotélica marca un inicio, un antes y un después, en la consideración de la ética. En siglos posteriores se ha considerado, que la ética corresponde a una disciplina teórica-práctica de muy amplio contenido y por

tanto, la metafísica de las costumbres incluidas en ello se analizan, en relación con todo lo relativo al comportamiento humano, hasta sus últimas implicaciones.

Esta restricción en el estudio de la ética, al ámbito netamente moral (que había sido teorizado por Sócrates en un inicio), nace como obra prevalente de la escolástica, pero su comprensión no es posible, sin señalar que el ámbito estrictamente moral compete desde la antigüedad, a todo aquello relativo al Derecho, ya que integra la ética como disciplina autónoma, principalmente en centrar la atención especulativa en la fundamentación metafísica de la moral, consistiendo así el principal aporte de la escolástica, en el campo de la ética.

Prosiguiendo la línea aristotélica, Tomás de Aquino empleó sus estudios en la búsqueda de una conceptualización existencial de la moral del individuo y la moral social. La primera regula la conducta de cada individuo, cuya perfección espiritual tiende a alcanzar un fin superior, que subyace en el agente mismo, cualquiera que sea el objeto final de tal actividad. La segunda, en cambio, rige el comportamiento colectivo, y en lo particular, el que relaciona familia y Estado.

Para Tomás de Aquino, el fundamento de tal división radica en la comprensión de que la familia, así como el Estado, no pueden considerarse una simple y llana suma de individuos, sino que a dichos grupos se les dota de vida propia dentro del giro normal de la sociedad, por lo que presentan realidades formalmente distintas; sin embargo, estas realidades comprenden, a su vez, estructura y régimen propios. Por ende, de una moral social se deduce, la división pertinente entre moral doméstica y moral política.

Dentro del campo de la ética, según Aquino, el ser no sólo entra a comprenderse dentro del fenómeno ético, sería también su deber ser.

Aunado a esto, dentro de la tarea especulativa se encuentra una función práctica; *id est*, los sistemas morales varían con respecto al grupo social en que se presentan, así como al grado de civilización desarrollado por ellos, e incluso, a la comprensión del sistema moral de un mismo grupo en el tiempo. Esto llevó a Tomás de Aquino a indagar los fundamentos de estas variaciones, con base en lo que concluyó que se derivan, por un lado, de la influencia de las pasiones y por otro, del desigual desarrollo de la razón y de la civilización humana e incluso abarca una tercera posibilidad, relacionada con la diversidad de ambientes y circunstancias sociales. De estas conclusiones, y analizando tales procesos, Tomás de Aquino plantea una serie de normas de conducta, cuya finalidad postula la posible integración de un sistema moral estructurado, cuya implicación y práctica sería de vigencia universal.

2.2.4.8. La ética dentro de la doctrina kantiana

Entre las doctrinas éticas, en las cuales se ha formulado parte de su contenido (en los cuales ha importado más el fondo y fundamentación del obrar humano que sustenta este en una investigación y descripción de los elementos ordenadores que contiene), se puede contraponer la ética formal de Kant, la cual es claramente encausable, bajo dos ideas principales: a) una clara oposición al eudemonismo y, b) tratar con total exclusión toda teorización empírica del razonamiento ético.

Para Kant, existe la imposibilidad de una conciencia de lo que representa el absoluto y afirma además, que la praxis real en la existencia humana la conforma el dato frente a la idea de forma apriorística; la cual se da según su naturaleza y valor absoluto, es importante como principal ordenador del comportamiento.

A este principio le corresponde la ley moral, cuyo origen está en la conciencia humana, opuesta o contradictoria de ciertos hechos en la experiencia, por lo que no es derivada de esta.

Mediante la procedencia razonada, el hombre adquiere el conocimiento de la ley moral; sin embargo, le es impuesta por mandato, de modo indirecto, gracias a su relación íntima: el deber. De estas deducciones, existe en el hombre una constante e incondicionada relación con la ley moral, que opera en forma de sometimiento, el cual le impone actuar de determinada manera dentro de la sociedad.

Pero decir que todo acto impuesto al hombre, infiere en una conducta de buenos hábitos, es caer en un error. Se podría retomar aquí el axioma tratado anteriormente, el cual reza: "No todo lo que es justo es legal, ni todo lo que es

legal es justo". Pero siguiendo la tesis de Kant, se puede determinar, que tales actos son todos aquellos que se basan en la buena voluntad, por lo que se podría discriminar la voluntad nacida de la experiencia sensible (que no corresponde a la primera) y a la voluntad surgida de la razón, la cual está determinada por el respeto a la ley. En este aspecto priva la doctrina kantiana, ya que esta no comprende un fenómeno aparte de la moralidad subjetiva; para Kant, esta es la moralidad misma.

2.2.4.9. La ética en la axiología contemporánea

Al realizarse el estudio ético, con base en lo establecido antes del siglo XX, en este ámbito es posible fundamentarse a partir de dos direcciones principales: a) el apriorismo moral, cuya raíz se fundamenta en la tesis kantiana, en la que voluntad racional y el respeto a la ley constituyen el movimiento ético y b) el ámbito apologético de fundamentación axiológica, en el cual nace la síntesis, por silogismo aristotélico, ante la ética formal y la ética material.

En este último reducto, es de importante trascendencia el campo de la ética, por lo cual se señala a Nietzsche como el precursor de la teoría valorativa, pero el aspecto más importante de su tesis radica en el enfoque; este autor concibe la conceptualización del valor, apartándose de la dimensión espiritual hombre y lo transfigura como una función vital, de tipo biológico.

El ámbito espiritual, según Nietzsche, carece de toda fuerza legal; este ubica las normas éticas de los valores ideales o dogmas, si no con la naturaleza real, con los valores naturales. Por lo tanto, la moral puede ser claramente identificable con lo natural.

En la difusión del concepto, sobre la función esencialmente espiritual que cumplen, en tanto entidades orientadoras del comportamiento humano ordenado, ocupan un lugar prevalente las concepciones de la escuela de Baden en general y de Rickert en particular.

Pero la fundamentación y la estructuración, de la ética material de los valores, son el resultado de las investigaciones realizadas por Max Scheler y Nicolai Hartmann.

Hartmann muestra desde sus inicios una fuerte crítica a la ética formal de Kant. Admite consecuentemente el apriorismo de los principios éticos, identificándolos con la doctrina kantiana, mas disiente de la tesis emanada por Königsberg, en el tanto que toda ley moral es el resultado directo de la razón pura.

Por su parte, según Scheler, todo sistema de conducta ética, asimismo, entabla relación con toda ética material axiológica y fundamenta lo analógico, de carácter apriorístico emocional, que nace de la naturaleza del hombre. Scheler identifica contenido valorativo, inherente al acto, como parte del espíritu humano, el cual se basa en la atracción. De ello se puede inferir, que todo acto es bueno o malo.

2.3. HIPÓTESIS

Una hipótesis se desarrolla en los campos de toda razón humana; ante el hecho de sobreentender que la tesis de la ley natural se crea y se moviliza gracias al animismo perpetuo, separarlo resultaría la contrariedad más profunda.

El génesis de la materia jurídica tiene su asidero en el iusnaturalismo; así, un hecho que no nace al mundo fáctico no genera interés jurídico, ya que nunca existió y por ende, no forma parte de la sociedad, no crea reiteración en el tiempo, o sea no hay costumbre ni hecho; algo de lo que no genera norma alguna.

“La naturaleza es, pues, lo que es el Derecho y la moral, lo que deben ser. Al identificarse las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad” (Kelsen, 2009. Pág. 89). Expresa Kelsen con tal donaire, derogando, nuevamente, todo límite en la ciencia jurídica y tratando de hacer valer el carácter de derecho natural en toda norma socialmente establecida. Asimismo, dicho párrafo hace pensar directamente en el positivismo y la insuficiencia de este al tratar de encontrar su justificación en un legislador, que no conoce el derecho natural, lo que se traduce como el mero origen del positivismo en el iusnaturalismo.

El iusfilósofo continúa: “...una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor.” (Kelsen, 2009. Pág. 89) El juicio cabalístico (arriba mencionado y analizado) no deja lugar a razón alguna para creer que exista un juicio de valor, sin un objeto que exista jurídicamente.

En cuanto a lo que existe jurídicamente, puede hablarse de su relación directa con la norma.

Sin embargo, en Kelsen no se justifica esencialmente la teoría iusnaturalista, puesto que se dista en gran medida del positivismo.

Por otro lado, para el neokantismo jurídico la exégesis axiológica deriva de lo que mana dentro de la moral, por tanto, ley natural. Toma como medida ideal, una voluntad depurada de materia concreta, que juzga y encauza todas las aspiraciones. Estas pueden tener un fin último en una mira próxima, o pueden orientarse en el sentido de la voluntad pura, lo cual es, algo que se pierde en lo infinito. En este último caso, se está ante la voluntad justa o deber.

El problema de la justicia siempre ha incidido en el del concepto del Derecho, en el de la voluntad vinculatoria. Esta voluntad vinculatoria, sobrepuesta a los acontecimientos de la existencia, condiciona la idea de una comunidad de hombres de libre voluntad. El ideal social.

Por estos derroteros puramente lógicos, se llega al criterio de justicia, que se definió como orientación de una determinada voluntad jurídica, en el sentido de la comunidad pura.

La idea de justicia solo se da entonces, en una comunidad de hombres de libre voluntad (organización jurídica en que no manda ninguna voluntad particular determinada por móviles singulares, sino una voluntad puramente racional, lógica-universal).

La idea de la absoluta armonía da lugar a la comunidad pura, es decir, a la de los hombres libres y de voluntad insubordinada, de donde se desprenden los principios de un Derecho justo, que son:

Principios de respeto: a) una voluntad no debe quedar nunca a merced de lo que otro arbitrariamente disponga y b) toda exigencia jurídica deberá ser de tal modo que en el obligado, se siga viendo al prójimo.

Principios de solidaridad: a) un individuo jurídicamente vinculado no debe nunca ser excluido de la comunidad por la arbitrariedad de otro y b) todo poder de disposición otorgado por el Derecho, sólo podrá excluir a los demás de tal modo, que en el excluido se siga viendo al prójimo.

Ahora bien, del estudio se desprende el movimiento de la norma, a través de su periplo desde el iusnaturalismo al positivismo de forma vertical, emanado directamente del animismo perpetuo, llevado al mundo jurídico mediante el legislador supremo. Una norma natural, que le permite al hecho existir en su funcionamiento y una norma extraída del juicio, ejercido entre los elementos empíricos, así como las cualidades naturales del bien y el hecho, que interesan al derecho, conforman la ley natural y la ley moral de la doctrina jurídica, el cual se traduce como el tratamiento analítico que lleva desde lo psicológico (i.e. lo deseado) a lo axiológico (i.e. lo deseable), que mantiene su orientación de estudio en un plano horizontal.

Esto es posible gracias a las propiedades estáticas de la ciencia del Derecho, en cuanto estas le otorgan la significancia del conjunto de normas en su validez y, a su vez de igual forma, las dinámicas en la ciencia jurídica, por su pragmatismo.

2.3.1. Proposición de la doble funcionalidad

De las ideas expresadas en el apartado anterior, se extrae la licencia para relacionarlas con la siguiente propuesta:



Cuadro 1

2.3.2. Relaciones naturales causales: ontología práctica en el sentido estático

Es el objeto que concentra el grado más alto en cultura. Es la vida plenaria del ser humano, orientándose en función de valoraciones. La inclusión de la conducta humana, como elemento esencial dentro de la temática de las ciencias culturales y, en especial, de la del Derecho, deriva de una novedosa corriente filosófica de raíz husserliana, encauzada por Heidegger y por Ortega y Gasset. Esta corriente ha tomado como objeto central de su investigación a una realidad radical, fundamentalísima y primaria: la existencia humana.

Una pulcra observación, de esta realidad, pone pronto de manifiesto que está inmersa en dos ámbitos que, aunque coexistentes, pueden ser motivo de consideraciones totalmente distintas y específicas: el ámbito de la naturaleza y el de la cultura.

El hombre acciona y reacciona como ente del mundo natural, mientras cumple y realiza las distintas etapas de su vida biológica. Pero en tanto esta obra, determinándose en virtud de valores que solicitan y gobiernan sus momentos espirituales, supera ya aquella estancia natural para penetrar en el multiforme e inmensurable mundo de la cultura.

La existencia humana es un incesante crearse a sí misma; un estar siendo del yo con las cosas del mundo; una inacabable tarea que se propone el hombre en su programática vital. Pero sólo es cultura y adquiere, por ende, el relieve de conducta, cuando se manifiesta en función constante de un plexo de valores, que a modo de ideas *a priori*, concebidas de modo general por cada comunidad,

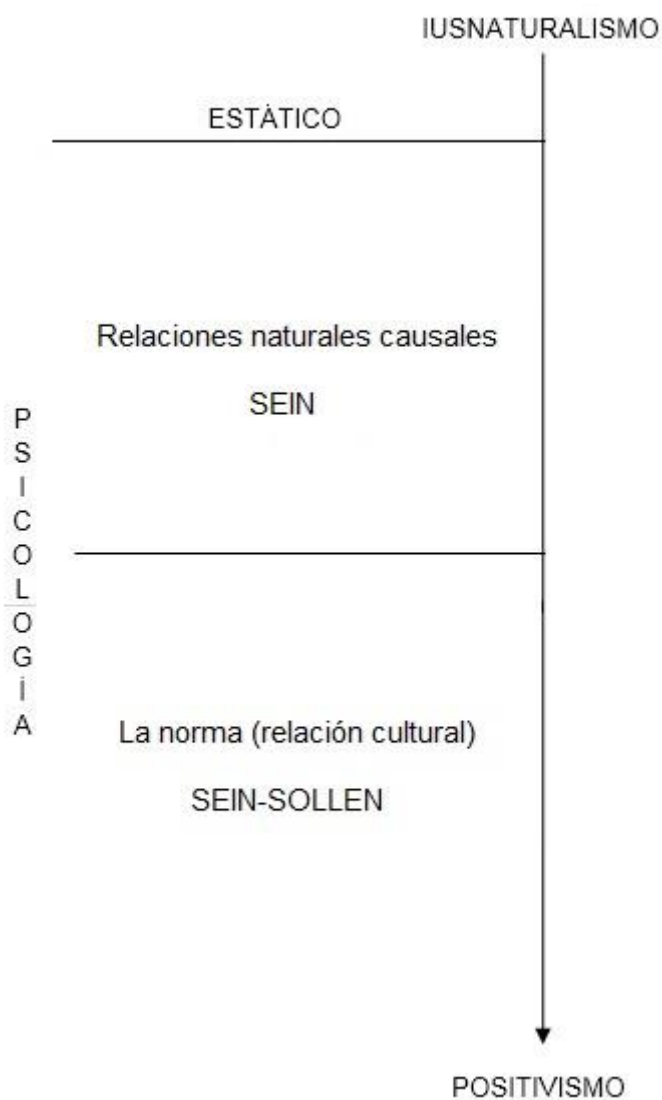
permiten conferir un determinado sentido al quehacer humano (leyes) y a las objetivaciones que producen a través de su creación.

Es por lo tanto el ser (Sein), la mónada operante en la naturaleza propia del ser humano (Leibnitz, 1889. Pág. 9), y mediante la valoración, lo define en el mundo espacial sensible como marco de acción.

Sin embargo, para Kelsen, la distinción entre la ley natural y la ley moral, radica en el principio de causalidad imperante en la ley natural y el principio de imputación, el cual se configura en los linderos de la ley moral (Kelsen, 2009).

En el caso en que un hombre asesina a otro, la lupa de la valoración no puede fijarse en el principio de causalidad, ya que el homicidio ejecutado por el primero no es causa de su posterior pena, lo que actúa como catalizador, en sentido horizontal directo a un positivismo. Para Falzea: “Una ley jurídica plantea en cambio la relación entre el ser de un fenómeno, no ya con el ser sino con el mero deber-ser (Sollen, Sein-Sollen).” (Falzea, 2007. Págs. 36-37).

2.3.3. Relación vertical: positivismo, la norma



Cuadro 2

El orden jurídico positivo encuentra asidero real, bajo la luz de concepciones y planes pre-jurídicos, los cuales abarcan un carácter ético o de características religiosas, así como una realidad biológica y sociológica.

Pero algunas doctrinas de derecho natural consideran, que este no es tan sólo la base axiológica y la directriz de orientación ideal, para la elaboración de

derecho positivo, sino que además atribuyen a las normas iusnaturalistas, aparte de la validez intrínseca, del ideal que supone posee también una validez directa, una vigencia inmediata, con prioridad sobre las normas del orden jurídico positivo; consideran que en caso de conflicto entre las normas iusnaturalistas y las reglas del derecho positivo, las primeras deben prevalecer sobre las segundas; o por lo menos, subrayan enfáticamente que en caso de diametral contradicción, implique un superlativo agravio a la justicia. Los hombres poseen el derecho de resistencia, no sólo pasiva sino también activa, esto es, de rebelión contra el derecho positivo, que cayó en contradicción con el derecho natural.

El principal denominador común, de todas las doctrinas de derecho natural, consiste en que todas ellas afirman que la elaboración de derecho positivo debe obedecer ciertas normas ideales, determinadas pautas axiológicas, cuya validez en sentido ideal es previo, independiente y superior a la vigencia eventual, histórica, de reglas positivas, del derecho fabricado por los hombres en cada situación histórica. Esta idea es la que ya en los siglos primeros de la presente era, fue expresada por Antígona en la Tragedia de Sófocles: “No son leyes de hoy, leyes de ayer... Son leyes eternas y nadie sabe cuándo comenzaron a regir” (Sófocles, 1978. Pág. 195). Es la idea que se da en la doctrina platónica de la justicia. Es el pensamiento de la diferencia aristotélica, entre lo justo natural y lo justo civil o legal. Es la concepción estoica de un derecho natural, fundado en la razón que rige todo el universo.

Partiendo del pragmatismo imperante al positivismo jurídico, se podría considerar como inherentes todas aquellas doctrinas que poseen caracteres

comunes, de compatibilidad propia entre ellas, y que además nacen de una situación histórica señalable en la evolución jurídica.

En esta restricción se ha de puntualizar, que al identificar las doctrinas imperantes en el positivismo, a partir de los rasgos formales, se ha de considerar aquellos que se han tratado en cualquier periodo de la historia de la filosofía y de los cuales se nutre. *Id est*, se toman en cuenta aquellas cuyo objeto lo constituye el conocimiento positivo, que se adquieren con base en los datos obtenidos mediante los sentidos; de ahí cabría la afirmación de que el escepticismo antiguo o la filosofía de la Ilustración, convendrían dentro de una categorización de positivistas. Adicional a lo anterior, el propósito intrínseco de alojar el positivismo, en alguna medida, en el ambiente histórico.

Esta doctrina comprende, no sólo una teoría de la ciencia, sino también y muy especialmente, una reforma de la sociedad y una religión. Maquiavelo lo expresa así: “Por mucho que se haga y se prevea, si los habitantes no se separan ni se dispersan, nadie se olvida de aquel nombre ni de aquellos estatutos, y a ellos inmediatamente recurren en cualquier contingencia, como lo hizo Pisa luego de estar un siglo bajo el yugo florentino.” (Maquiavelo, 2012).

El haber acentuado unos factores y el haber aplacado relativamente otros con respecto a los primeros, viene a definir el ulterior destino doctrinal del positivismo; como escuela del saber para unos y una norma para la sociedad y una regla para la vida del hombre, para otros. En nuestro análisis histórico, ambos rasgos permanecen mezclados en gran parte del siglo XIX; sin embargo, desde la connotación netamente filosófica, se considera positivista, con base en lo que ha predominado y lo que ha prevalecido hasta el momento actual.

De este marco esbozado, es posible exteriorizar, en sentido lato, dos acepciones: a) la destitución del positivismo como doctrina que nace como tendencia en contraposición, y como reacción, a la filosofía romántica especulativa (idealismo alemán postkantiano, el teísmo especulativo, entre otros) y b) la reafirmación de las posiciones de revalorización del saber filosófico, sin fundamentarse dentro de corrientes metafísicas ya tradicionales.

Desde este ángulo, se han considerado como positivistas muchas doctrinas diversas y buena parte de ellas, de las corrientes filosóficas características de la segunda mitad del siglo XIX: el utilitarismo, el sensualismo, el materialismo, el economismo, el naturalismo, el biologismo, el pragmatismo, entre otros. Desde su praxis, estas doctrinas contienen un supuesto de ánimo positivista, pero conviene aplicar un examen discriminatorio en cuanto a muchas teorías, pues salta a la vista, que varios rasgos de estas se contraponen, con respecto al positivismo, desde un horizonte suficientemente amplio.

La problemática aquí planteada remite al origen del positivismo, el cual se encauza en un plano trascendental desde su fenomenología. Sin embargo, cabe aventurar un camino para la solución, con base en lo expresado por Edmund Husserl: “aclaremos el sentido de la problemática trascendental. Cualquier ciencia tiene su esfera de objetos y trata de lograr una teoría de esa esfera. En la teoría consiste en su resultado. Pero es la razón científica la que crea esos resultados y la razón experimentante la que crea la esfera. Todo ello es válido también para la lógica formal en su referencia, de nivel superior, al ente y a un mundo posible en general; es útil para sus teorías pues contienen una generalidad de nivel superior y se refieren a todas las teorías particulares. Ente, teoría, razón no convergen

casualmente al presuponer que su encuentro sea casual, aunque se caracterice por su “generalidad y necesidad incondicionada”.

“Como en la vida diaria y también en la ciencia (si no interpreta mal su actividad, engañada por una teoría “realista” del conocimiento), la experiencia es la conciencia de estar con las cosas mismas, de aprehenderlas y poseerlas de modo enteramente directo. Pero la experiencia no es un hueco en un espacio de conciencia, por el que apareciera un mundo existente antes de toda experiencia; ni es un mero acoger en la conciencia algo ajeno a ella.” (Husserl, 1962. Págs. 243 y 244).

Esto se advierte sobre todo en la lógica y dentro de ella, en la forma como se ha intentado superar, en ambas direcciones, la fenomenología de Husserl, quien indica, que la ciencia normativa ha de fundarse en la ciencia teórica.

Mientras las disciplinas normativas, determinadas esencialmente por la norma fundamental o idea de lo que debe ser en caso el “bien”, acaban en un relativismo de carácter hedónico, en las disciplinas teóricas “falta esta referencia central de todas las investigaciones a una valoración fundamental, como fuente de interés predominante de la normación”.

El derecho positivo no posee un grado preferente, por el sólo hecho de su carácter pragmático de la positividad, no vale más, no es mejor, no está justificado en mayor medida que los otros derechos. La fuerza comunitaria, ubicada en tiempo y espacio, no afirma un sistema normativo traducido a la justificación ética de sus proposiciones. No se implica la justicia en su justificación máxima, por la sistematización de normas.

Por lo tanto, los desvaríos que infectan una construcción teórica, derivan en la incondicionada justificación que determina un ordenamiento positivo, cuyo propósito abarca más allá del valor ético en su operacionalización.

Por ello, se vuelve necesario recalcar, que la comprobación de una positividad es, sólo la comprobación alejada de lo malo y de lo bueno. Que el hecho de una proposición jurídica sea positiva, nada indica sobre su intrínseca justicia. Si se retoma a modo de ejemplo, el axioma planteado: “No todo lo que es justo es legal, ni todo que es legal es justo”, que la circunstancia de un ordenamiento aparezca sustentado por fuerzas políticas preponderantes (cualquier fuerza política, cualquiera sea la razón de su preponderancia), nada expresa sobre su consecuencia, respecto a las exigencias deónticas superiores.

2.3.4. Derechos no positivos

Extraídos del acápite anterior, y por ende necesario su tratamiento, han de considerarse otros sistemas jurídicos, cuya afirmación legislativa no cuenta con el predominio amparado.

Los derechos no positivos no conforman en estructura y sustancia un sistema de derecho, y su importancia radica en el relativismo que presenta, con respecto al contenido de sus determinaciones. Esto resulta altamente satisfactorio, en relación con las necesidades de ciertas comunidades, como en las conocidas tanto en tiempo como en lugar, en las que se ha obtenido un alto grado de satisfacción.

Sin embargo, la diferencia que versa sobre los llevados al positivismo, se encuentra en la preponderancia efectiva en el fenómeno temporal de la sociedad. Esta preponderancia adquiere eficacia en el tanto, el propio ser humano no lo tipifique como tal, dentro del ordenamiento jurídico.

Como se sabe, la elaboración de normas jurídicas, la emisión de mandatos de regulación intersubjetiva no es privativa de los grupos que mandan, sino que físicamente pueden ser realizadas por cualquier miembro o conjunción de miembros de la comunidad.

Deducible de esto, el sistema jurídico, si bien carece de la efectividad de estos derechos, no excluye su validez dentro de su aplicabilidad. *Id est*, principios y leyes naturales son abarcados mediante el análisis jurisprudencial e interpretación de la ciencia jurídica, en cuanto a sus determinaciones.

Por otra parte, aunque estas determinaciones, así creadas por quienes no detentan el poder, no conforman el orden jurídico positivo, son de derecho en el más estricto sentido de la palabra, precisamente en la medida en que se constituyen como conjuntos de órdenes reguladoras de conductas, en interferencia intersubjetiva. No rigen una comunidad; el obrar adecuado a sus prescripciones puede ser ilícito si se lo valúa conforme a las normas efectivamente puestas. Aún el acto emisor que los crea puede ser prohibido; pero su íntimo ser jurídico prevalece como tal, ninguna de tales circunstancias es optativa de su juridicidad, análoga en todo caso a los sistemas vigentes.

2.3.5. Derecho: naturalismo y positivismo

En la historicidad dialéctica de la filosofía del derecho, las doctrinas suelen contraponer, al derecho natural, el derecho positivo y se presentan dos aspectos importantes: a) desde una concepción cuya antinomia se basa en dos ordenamientos antagónicos y b) su separación se presenta desde una divergencia insuperable entre sí.

Dicha contraposición nace de una necesidad de contener imperativos, en cuanto a la sostenibilidad de una existencia del derecho natural, frente a los postulados negatorios del empirismo que presenta la materia jurídica y de la cual se puede decir que este paradigma, abarcado desde dicho punto de vista, a todas luces y en términos generales resulta erróneo y en su praxis, debe ser abolido de todo razonamiento.

Indubitablemente, el carácter natural del derecho es traducido a través de sus contenidos de principios éticos, supremos, universales e invariables. Por lo que es posible, asimismo, establecer el derecho positivo sólo a través de su afirmación histórica y su reconocimiento comunitario, como algo trascendental para el establecimiento del acervo normativo imperante. Esta afirmación no conlleva necesariamente la justicia, sin embargo, no se niega tratamiento necesario dentro de ella.

Por lo tanto, si se ubican términos inmutables como la justicia, dentro del conocimiento de la afirmación positivista, esta no puede contraponerse entre sí o a cualquier divergencia surgida doctrinariamente, por lo cual, el razonamiento legislativo constituye un yerro seminal, que decae consecuentemente en una notoria inconsecuencia del derecho y su tratamiento resulta erróneo.

Un ordenamiento jurídico positivo podría resultar imperfecto, incompleto y carente o no, de las proposiciones de las expresiones jurídicas naturales en su elemento esencial, por lo que podría contar con la convalidación histórica de una necesidad y fuerza que le da su sustento. Esto se hace en un tiempo y lugar determinados, en la comunidad que lo afirma, siendo así que el ordenamiento puede perder o carecer totalmente ella.

Así que se debe extraer del apartado anterior, que toda clasificación por realizarse, ha de abordar las posibilidades de que las contraposiciones versen sobre lo justo o lo injusto; el positivismo de la ley y el derecho no positivo, esclareciendo y determinando aspectos independientes entre sí y apelando a que lo justo y lo injusto dependan del justificante intrínseco. La posibilidad proviene de la ambivalencia de fuerzas sociales, imperantes en un medio comunitario.

2.3.6. La exclusividad en la investigación iusfilosófica: el Derecho Positivo

En la fase contemplativa, que conoce toda posibilidad de una circunstancia contingente, la cual puede ser subsecuente de un ordenamiento jurídico determinado o no, por lo que resulta ajeno de toda juridicidad, así como de toda valorización deóntica de las normas del derecho, se traza el marco de acción, en el cual se explican seriamente, la observación y la descripción del derecho positivo.

De ser así, lo que se considera un elemento esencial de la materia jurídica elevaría su condición, así como la justicia en sus circunstancias, apenas probables y transitorias, en la afirmación histórica de lo que se deduce, con una significativa impureza lógica y ontológica.

Contraviniendo lo anterior, se puede citar la filosofía del derecho, como una filosofía de la ciencia en su totalidad esencial y no como un mero estudio de la descripción de contingencias, en expresiones fenomenológicas.

A partir de este razonamiento fundamental, dentro del fenómeno filosófico del derecho, en cuanto a su obviedad, lo más utilizado doctrinariamente en postulaciones reiteradas, es la reducción de la investigación teórica a un ámbito, el cual se logra a partir de los derechos ya obtenidos de forma exclusiva. Esta delimitación trazada, constituyó y constituye la base del fenómeno filosófico imperante, en la idea no sensible del positivismo.

Por lo tanto, y siguiendo la exclusión tratada, el positivismo significa, en su aspecto teórico, una centralización de la investigación filosófica, amparada en los derechos positivos y desconoce sistemas alternos de análisis de derechos, no

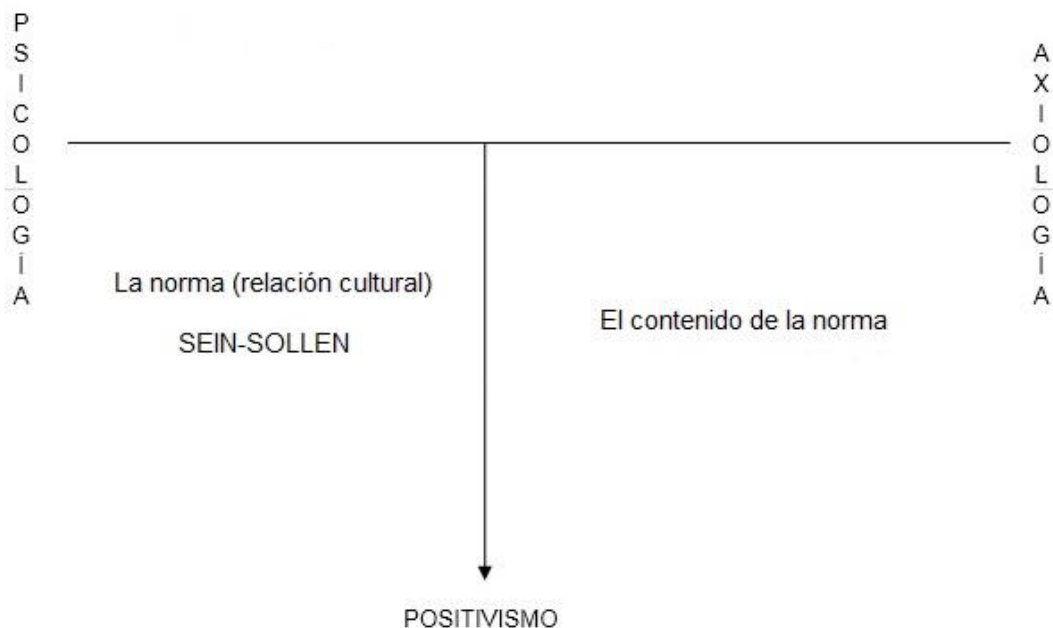
afirmados comunitariamente, con lo cual se constituyen otras variedades de expresiones.

Su delimitación forma un error muy marcado en la cábala iusfilosófica, ya que carece de un valor en la prevalencia de una situación histórica, con un rasgo esencial en la ciencia jurídica.

A partir de esta conceptualización, es posible trazar el siguiente marco: a) toda teorización que abarque el concepto del derecho positivo, tal y como aparece en las descripciones iusfilosóficas más adecuadas, resulta correcto desde un enfoque, que alude a lo que realmente acontece, b) de modo que la descripción de algo radica en la importancia de ser descrito como tal y c) toda observación posterior no puede darse, ya que resulta un verdadero exceso, la delimitación de la investigación, atribuyéndola al factor apenas contingente del aspecto social, descalifica teóricamente todo valor esencial, ya que toda observación de sus proposiciones lo desconoce simultáneamente.

El positivismo, es decir, la reducción de lo jurídico a lo jurídico positivo, ha sido uno de los más graves errores de la investigación teórica, sobre todo en cuanto se complementó su afirmación, con esa contraposición antes señalada entre derecho positivo y derecho natural. De este modo, el movimiento derivó en una mutilación objeto de la filosofía del derecho, milenariamente aplicada al esclarecimiento de problemas, que con su postulación pretendieron negarse o excluirse.

2.3.7. El deber ser (Sollen, Sein-Sollen)



Cuadro 3

En primeros términos, desde el punto de vista lógico-formal, su naturaleza radica en su función conceptualizadora; sin embargo, en su aspecto ontológico cumple la función de enlace. Dicho enlace opera en la proposición normativa; este concepto representa la conducta humana precedente, en cuanto al nexo causal, con el concepto que se identifica con la conducta humana consecuente.

En su función de hilo conductual y en la visión kelseniana, esta conceptualización se denomina imputación y da sentido y eficacia al sentido específico de toda norma, de lo cual, en su naturaleza intrínseca, arraiga el concepto fundamental con la normatividad y en su calidad condicional, la situación tácita (nacida del mundo hipotético) ha de ser el resultado directo de la conducta humana de lo deseado.

Por lo tanto, el concepto “deber ser” comprende una función imputadora, el cual se compone de estructuras de pensamiento profundo, las cuales nutren el

derecho que devienen en la norma, que permite pensar en la conducta humana en su calidad liberal y creadora, dentro de cada una de las formas de vida o modos de conducta, que constituyen el mundo cultural.

En segundo término, esto se pretende desde la epistemología, dictando el DEBER SER desde una categorización gnoseológico-trascendental en el sentido kantiano. *Id est*, se retoma el término desde la forma pura del entendimiento, para conocerlo y conceptualizarlo en modo específico, normativo a la conducta.

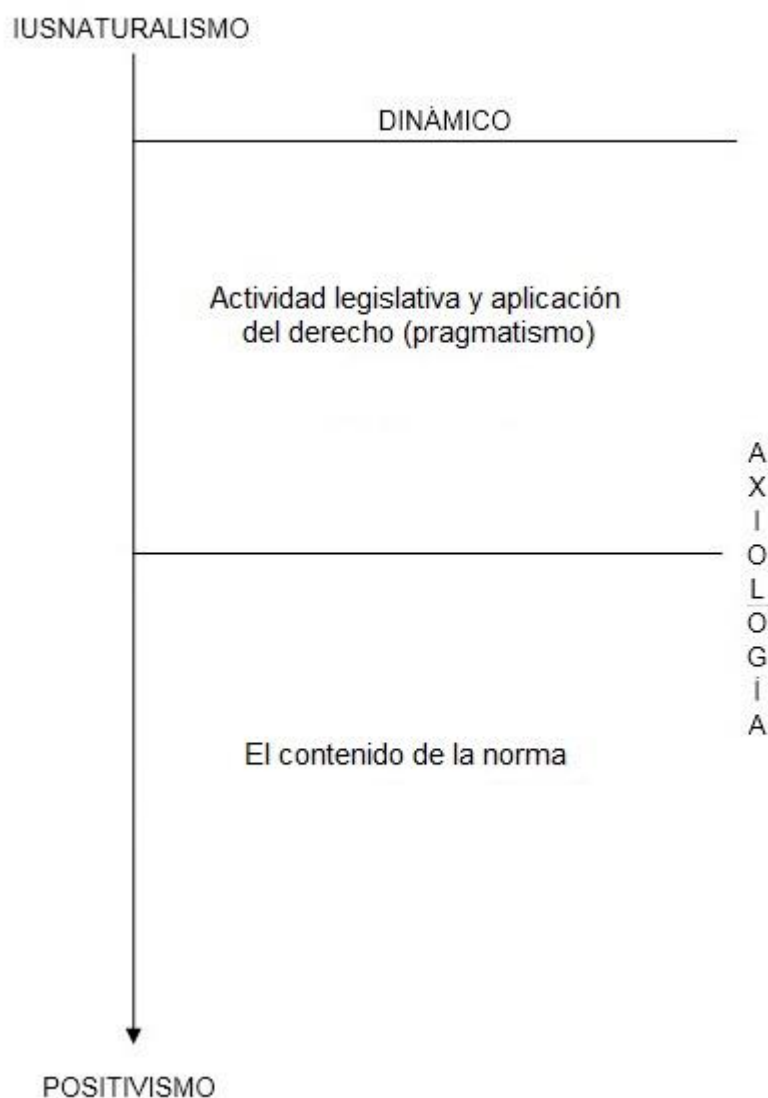
De tal manera, el conocimiento normativo, se aprehende en las reglas lógicas del comportamiento, por tanto, en sentido lato y purista, no presupone que este comportamiento debe darse forzosamente en determinado sentido, sino dando sentada *a priori*, la posibilidad de que la conducta humana puede, en su liberalidad, cumplir o no con los estatutos, que una norma preexistente describe y postula.

En este teorema, para efectos de este trabajo incumbe el último aspecto de su trinomio, el cual se considera criterio axiológico, desde el “deber ser” representando una exigencia, que pesa sobre un comportamiento humano específico.

Al término de “deber ser” se le implica una condición, respecto al concepto valorativo, cuya función intrínseca es el requerimiento imputable para realizar determinada acción, la cual entra en concordancia con los plexos que la estimativa sugiere, solicitan y gobiernan al hombre en su naturaleza gregaria a través de los distintos acontecimientos históricos.

DEBER SER es pues, en este sentido, el requerimiento de una conducta, que una acción instituida desde la normativa imputa, con repercusión en la estimativa y reacciona ante su historicidad y necesidad.

2.3.8. Relación dinámica: la actividad legislativa



Cuadro 4

Para Gustav Radbruch, el fin último del Derecho se da en la realización de la justicia. Esta exige que quienes sean iguales, sean tratados como tales. Para

obtener los contenidos jurídicos, de la idea de justicia, debe ser complementada por la idea de adecuación a un fin. Esta adecuación aparece teñida de convicciones políticas, así como sociales y ambas ideas de justicia y fin necesitan, el contrapeso de la idea de seguridad jurídica.

Siguiendo esta línea de pensamiento, la idea de justicia presupone la posibilidad de una tensión entre la comunidad y el individuo, al tiempo que constituye un contrapeso individualista-liberal, a la exageración de la idea supra-individualista del bien común.

La justicia es un fin del Derecho, que debe diferenciarse del bien común. Presupone la existencia de conflictos, exige que la idea del bien común soporte el contrapeso de los intereses del individuo.

La noción de seguridad jurídica es muy importante para Radbruch. Aunque no es un valor absoluto y primordial como la justicia, es de mucha utilidad para la realización del bien común.

La justicia y la seguridad son valores individualistas; el bien común es supra-individualista. En la justicia, bien común y seguridad, descansa la armonía del Derecho.

La preminencia de algo solo es determinable en su época. El Estado policía atribuyó importancia axiológica al bien común positivista, el capitalista a la seguridad.

Cabe recalcar, hablando de los problemas de la filosofía del Derecho, que esta desemboca siempre en la política jurídica como arte de lo posible. Todo lo jurídico entraña huellas del clima histórico en que nace, permanece casi siempre

circunscripto de antemano, a los límites de lo históricamente posible y se halla sujeto en algún sentido, a su mundo circundante.

2.3.9. El contenido de la norma: dinamismo jurídico mediante axiología estática

Kelsen enfatiza de manera austera, mas no carente de acierto, el grado superlativo de la norma en la actividad jurídica, donde estipula: “La categorización lógica del deber ser o de la norma nos da tan solo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho” (Kelsen, 2009. Pág.56). Del estudio de la supradicha aseveración, el resultado lógico e inherente está en el carácter permeable de la norma y la generalidad que atañe a su naturaleza coercitiva, vínculo entre la comunidad de individuos y la operación legislativa del Estado mediante doctrinas de derecho puro.

Se puede reiterar el acierto planteado por el jurista, si se hace un análisis de la comparación entre los sistemas morales positivos y el derecho, ya que como cita el autor “tienen la misma forma lógica” (Kelsen, 2009. Pág. 56), sin embargo, por antonomasia se extrae que un hecho punitivo es consecuencia de la condicionante de actuar. La naturaleza coercitiva gira en torno a su disposición y adquiere carácter coactivo, en la punición de un hecho configurado en el mundo fáctico y tratado en el mundo hipotético de la norma.

No obstante, diametralmente se consideran diferencias entre las normas de orden punitivo, que llevan a una sanción, consecuencia de un acto y las que se

determinan dentro del campo de la ética; por ende, las normas de orden moral, como cita nuevamente Kelsen: “no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales” (Kelsen, 2009. Pág. 56).

Lógica, ética y estética son tomados en conceptos pertenecientes a ciencias normativas, planteando la primera como la disciplina que ensaya, no como es la materia del pensamiento establecido en su estructura peculiar tangente al efecto lógico, sino como debe ser lo estimado desde el apriorismo que le es nato y una diferenciación a la conciencia psicológica como *a posteriori* se da.

Por lo tanto, la lógica supera el relativismo a la psicología del comportamiento, pero esta no es una contradicción de la segunda, sino que equivale a una superposición de la primera.

En sentido lato y partiendo de la naturaleza misma de la lógica, a partir de las proposiciones, se establece el juicio lógico de cómo debe ser la conducta.

La segunda (la ética) al axioma imperante, al comportamiento, el cómo se debe encauzar la conducta. Pero estableciendo los postulados determinantes de la ética, en el juicio valorativo, esta corresponde, efectivamente, al primer intento de superación del relativismo moral y cuya lógica o éxito versa sobre la plenitud que alcanza como ciencia lógica (ética como tal) dentro de la teoría valorativa, metajurídicamente con respecto al positivismo.

Igual suerte correría, si se hablase en términos de superación del relativismo, la estética respecto al orden moral de la norma.

Pero no puede continuarse el estudio de la norma moralmente establecida, sin hacer referencia a dos aspectos fundamentales:

a) La primera referencia surge del espacio determinado temporalmente, cuyas necesidades prácticas del individuo en su entorno social permean la configuración de la norma, a lo que según Falsea, esa tenue infinidad de posibilidades de la norma en su acción, parte desde la premisa que abarca el momento en que se creó la norma y su antinomia, que presenta la aplicabilidad de esta, según su validez y eficacia.

En la obra *Eficacia Jurídica*, de Falsea, se abre la interrogante cuando manifiesta: “El estudio de los aspectos generales del tiempo del efecto jurídico excluye que el momento de la eficacia pueda ser distinto de aquel en que el hecho llega a existir. Los juristas - y no solamente los de ahora - hablan, sin embargo, de una suspensión o pendencia de los efectos jurídicos y, en sentido opuesto, de una eficacia retroactiva del hecho jurídico” (Falsea, 2007. Pág. 185), con base en ello, la doctrina abre el portillo al tratar sobre la eficacia de la norma, ante sus necesidades en la sociedad, actuales o no.

b) El tratamiento de términos desde la creación y aplicabilidad de la norma desde la lógica cognoscitiva, el segundo aspecto reviste de importancia a la psicología de quien ostenta la investidura del legislador y paralelamente los demás individuos en comunidad. En su artículo: “Somos lo que pensamos”, la doctora González Pérez afirma: “hay una estrecha relación entre nuestras emociones, nuestras acciones y lo que pensamos” (González, 2014. Pág. 40). Con base en ello, el legislador estudia el actuar y comportamiento de los sujetos que conforman la sociedad y generan la costumbre, lo cual requiere ser regulado, por la naturaleza gregaria del hombre.

En conceptos jurídicos, como “patria potestad”, se encuentra el valor moral normativo, regulado en circunstancias socio-históricas imperantes. La normativa determina deber y facultades del progenitor, del padre con respecto al hijo; pero el segundo término, el cuerpo normativo responde a las circunstancias condicionadas en que estas deben darse y esto, por tanto, es ética.

La finalidad reguladora que rige el concepto jurídico, dentro de la norma, se estima en función de un “sujeto jurídico” que puede ser considerado, como estatuto en su radicalización de un lugar. Lo mismo sucede en conceptos como matrimonio, hipoteca, etc.

En relación con su grado, se encuentran aquellos conceptos cuyo nombre corresponde a “fundamentales”, por cuanto se encuentran presentes invariablemente en toda norma, ya sea de un modo expreso o implícito a ella y cuya naturaleza determina la relación entre la conducta humana y las distintas categorizaciones ontológicas esenciales. *Id est*, el supuesto ubicable en tiempo y espacio y que regula la existencia de una relación jurídica, desglosado de la segunda manera: el deber jurídico (una obligación) es cuya facultad jurídica (derecho subjetivo) el sujeto obligado (facultado) comprende el supuesto de un hecho ilícito (incumplimiento del deber jurídico) conlleva su respectiva sanción.

El asidero legal, del marco trazado en el párrafo anterior, sugiere como expresión misma de la función reguladora que cumple toda norma jurídica. Este se da en última instancia, como el discurso racionalizado de la construcción del espíritu social que ordena, en sentido teleológico, su propio comportamiento.

Por lo tanto, el lenguaje normativo se traduce, como el sentido que el acto de voluntad da al objeto, propio de la voluntad normativa.

En efecto, es de la esencia de la normación jurídica, el que ella determine una regulación dual de la conducta humana. Pues no existe en derecho un deber normativamente determinado, al cual no corresponda una correlativa facultad y viceversa. Toda norma jurídica prescribe simultáneamente deberes y facultades, como también a qué calidades de sujetos y bajo cuáles condiciones corresponden unas y otras.

Esto no es exacto, en el acervo normativo pueden existir normas de formulación incompleta solo en modo expreso, que contengan únicamente deberes o facultades. Sin embargo, en tales casos han de completarse estas definiciones, mediante la aplicación, integración e interpretación de las normas supletorias, del ordenamiento jurídico de la misma naturaleza.

Esto es posible gracias a la correlación de indiferencia de los conceptos implicados, en la cual se hace uso del supuesto jurídico.

Así, por ejemplo, hay casos en que una norma integrante de un ordenamiento jurídico positivo (verbigracia la constitución) establece determinada facultad o derecho subjetivo, en tanto que otra norma (por ejemplo, una ley reglamentaria) establece las condiciones y modos en que debe respetarse aquella facultad y las sanciones que han de aplicarse, a quienes dejen de respetarlas.

En otros casos, la inferencia de un deber, reconociendo su existencia así como su correlativa facultad de exigir su cumplimiento, prima una sanción jurídica mediante la norma, cuando se halle una consecución de un acto, contrario a ese deber.

Al Derecho puede llamársele un sistema coactivo de la conducta humana, cuando en su esencia, la regulación jurídica invoca la institución de una sanción

frente al supuesto de ilicitud. Es diametralmente contraria a su existencia, la norma que no contenga un deber de ordenanza dentro de una comunidad, además de aplicar una determinada sanción en el supuesto de incumplimiento, la cual deberá ser impuesta en contra del individuo que quebrante este deber.

En el amplio abanico que estudia el derecho como ciencia, este toma prestado de la filosofía clásica nociones de la obligación, dentro del concepto de deber moral filosófico; sin embargo, amparado en la rama de la ética, salta a la vista que obligación jurídica y obligación moral comprenden una diferenciación similar al hablarse de derechos y moral. El acto denominado propiamente moral, dentro del orden social, se compone de normas que prescriben el comportamiento encausado de una determinada manera, pero se extrae de esta el poder coercitivo, por tanto, no comprende actos coercitivos que se destinan a sancionar la conducta contraria. Se dice entonces, que el deber moral dicta normas de conducta, sin el apelativo coercitivo de la conducta anómala.

Consecuentemente, al entrar en tratamiento de la aseveración anterior, se concluye que existe evidentemente una coincidencia entre obligación moral y norma moral de una conducta determinada. Quien cumple dicha norma, cumple a su vez con una obligación moral y en caso contrario, quien va en contra de una, va en contra de la otra subsecuentemente.

De ahí que las denominadas “normas sancionadoras”, integrando unas veces su propio sentido regulador y completando otras, el sentido incompleto de las que sólo establecen deberes y facultades para los individuos, incluyen las sanciones aplicables a cada ilicitud.

La determinación prescriptiva de sanciones como función esencialmente jurídica, ha permitido a la contemporánea Teoría del Derecho, a partir de las investigaciones de Kelsen, distinguir entre normas primarias, que son las que imputan una sanción (o, mejor dicho, imputan el deber que tiene un órgano de la comunidad, de aplicar una sanción) al supuesto de una ilicitud, y normas secundarias, que son las que determinan, ante una situación de hecho condicionante, ciertos deberes y facultades de los individuos sin prescribir sanciones.

2.4. OPERACIONALIZACIÓN DE LA HIPÓTESIS

El conocimiento científico, o verdadero conocimiento, estriba en gran medida en conocimiento por las causas; el método es el camino que conduce al discernimiento de las razones o causas de los hechos. Ahora bien, no siempre es dado a la mente del hombre percibir de entrada y con certidumbre, las leyes verdaderas y propias, así como las causas de los hechos; por lo común es necesario apelar a algún principio que parece probablemente adecuado, para explicar los hechos que se observan.

A esta especie de principio probable, adoptado para explicar por medio de él la causa y naturaleza de un hecho —no conocidas por medio de la experiencia ni directamente demostradas por la razón—, se le denomina una hipótesis. En lo que corresponde a este trabajo, a continuación se presente la operacionalización de la hipótesis planteada:

OPERACIONALIZACIÓN DE LA HIPÓTESIS			
Hipótesis	Conceptos	Variables	Indicadores
Legislar mediante	SEIN-SOLLEN	La norma	El contenido de la norma
		POSITIVISMO	Axiología
			Lógica deóntica
la Valoración del bien	SEIN	Conducta humana	Hechos Jurídicos
			Juicios de valor
		IUSNATURALISMO	Psicología
			Derecho y Moral
		El Bien	

Cuadro 5

CAPÍTULO TERCERO:
MARCO METODOLÓGICO

3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

3.1.1 Finalidad

De acuerdo con González: “La finalidad de la investigación hace referencia a los aportes que dará; ya sea, en cuanto a la producción y generación de conocimiento acerca del tema estudiado; por ejemplo, administración, educación, derecho, publicidad, psicología, y/o lo relativo a las recomendaciones, manuales, acciones y planes tangibles y útiles que se elaborará producto de la información recabada, con el fin de contribuir a resolver el problema investigado.” (González et al (2018) P. 25)

Finalidad teórica: Vertiente nacida de un nuevo conocimiento y orientada al vislumbramiento y el quebranto de un paradigma que se considera insuficiente. Para Barrantes R. (2013): “es aquella actividad orientada a la búsqueda de nuevos conocimientos y campos de investigación...para crear un cuerpo de conocimiento teórico en algún campo de la ciencia”. (p. 64).

Finalidad aplicada: Esta vertiente encuentra su asidero en el pragmatismo cotidiano y la resolución de conflictos planteados en una organización. Según Barrantes R. (2013) “la investigación aplicada tiene la finalidad de resolver problemas prácticos, para transformar las condiciones de un hecho que nos preocupa...” (p. 64).

NOTA: La naturaleza del presente estudio es teórica ya que abarca los métodos comparativos entre las distintas teorías surgidas a través de la historia de la ciencia del Derecho, por cuanto analiza las diversas posturas

de sus autores y su aplicabilidad en la sociedad, las cuales responden a la tutela de los derechos adquiridos por la valorización del bien.

3.1.2 Dimensión temporal

Transversal: De acuerdo con Barrantes (2013, p.64): “estudia aspectos del desarrollo de los sujetos y de los temas en un momento dado”. Por momento dado abarca un corto espacio temporal, en el cual se profundiza más el tema por tratar.

Longitudinal: Para este tipo dimensional de la investigación priva el cambio operado en las distintas variables que conforman el objeto de estudio a través del tiempo.

NOTA: El alcance de esta investigación abarca los sistemas de valoración en los últimos años, reflejados en el pragmatismo de las normas sustanciales surgidas en un periodo determinado, por lo cual, se realizará este estudio una sola vez, para determinar el cambio en los factores de la sociedad, que han determinado la valoración del bien desde la óptica transversal de la investigación.

3.1.3 Marco

Este apartado se define según la temática de la investigación, de acuerdo con González: “El marco de la investigación se refiere al tamaño o amplitud de la investigación; es decir, a la magnitud y extensión de la organización, las áreas, el lugar o la temática que se pretende investigar.” (González et al, (2018) P. 27)

Mega: En la filosofía, la ciencia del derecho encuentra los fundamentos teóricos para su posterior pragmatismo y positivismo. Son los teóricos quienes marcan el camino por seguir, para que el jurista planteara el mundo hipotético del que prevé la norma y el juicio de valor no es ninguna excepción, esta se mueve en el campo de la filosofía del derecho para su tratamiento.

Macro: Dentro de la filosofía se encuentra la axiología, la cual constituye la rama que busca el pertinente estudio de la valoración, cubriendo todos los aspectos que el filósofo otorga al examen del objeto en el derecho, factores como la mística, la utilidad o la naturaleza y que representan el deseo de la sociedad de regular algún bien.

Micro: La valoración y la estimativa pertenecen al mundo hipotético, en el cual está planteada la norma sustancial que protege el bien de alienaciones o alteraciones, que afecten el bien común de la sociedad. Mediante estos dos juicios filosóficos de valor, el jurista discrimina los objetos y les otorga una categoría, constituyendo así la jerarquización de normas, por razón de una axiología establecida.

3.1.4 Naturaleza

Cuantitativa: Vertiente en la cual servirá de apoyo lo expresado por González: “Una investigación con un enfoque cuantitativo recaba **datos, cifras, cantidades, valores numéricos que respalden la prueba de hipótesis.**” (González et al, (2018) P. 28)

Cualitativa: en cuanto al enfoque cualitativo, afirman Hernández, et al (2014):

[...] se considera que todo individuo, grupo o sistema social tiene una manera única de ver el mundo y entender situaciones y eventos, lo cual es construido a partir de sus experiencia y mediante la investigación, debemos tratar de comprenderlo en su contexto” (p.9)

Vista desde sus tres enfoques:

- Triangulación de enfoques: Su alcance consiste en tratar los enfoques cuantitativo y cualitativo de una manera integral.
- Dominio de un enfoque: En un seccionamiento de la investigación, se abarca predominantemente un tipo de enfoque, dando lugar posteriormente a otro.
- Modelo mixto: Su operación abarca ambos enfoques de la investigación, durante todo el proceso, de una manera mixta.

NOTA: La **grafía analítica y comparativa de las distintas teorías sometidas a estudio en esta investigación, da la categoría de una investigación cualitativa, por el tratamiento de los factores que la sociedad presenta.**

3.1.5 Carácter

Al respecto, González describe: “Por el carácter, las investigaciones se clasifican en: exploratorias, descriptivas, analítico-interpretativas, causales, correlacionales, retrospectivas y prospectivas, entre otras.” (González et al, (2018) P. 32)

- **Exploratoria:** Utilizable en un campo de investigación poco explorado.
- **Descriptiva:** Su finalidad es dar un carácter comprensible al fenómeno abarcado en la investigación.
- **Analítica-descriptiva:** Este tipo busca y señala de forma puntual los factores que generan el objeto de estudio.
- **Causales:** Contrario a la anterior, busca determinar las causas que producen el problema. Es un movimiento apriorístico que ubica el problema como efecto.
- **Correlacionales:** Este tipo busca, mediante datos estadísticos, la relación entre causa y efecto de la problemática.
- **Retrospectivas:** A su campo de estudio atañe la problemática actual; utiliza como base modelos y fuentes secundarias existentes.
- **Prospectivas:** Estudia el problema con la finalidad de recolectar información, que prediga el efecto del fenómeno a un mediano o largo plazo.

NOTA: El carácter de la investigación se define como descriptivo-analítico por su método comparativo, donde se describen en detalle todas las teorías filosóficas por tomar en cuenta en el presente estudio, así como el análisis que se desprende de cada una, para llegar a un silogismo filosófico.

3.2 SUJETOS Y FUENTES DE INFORMACIÓN

3.2.1 Sujetos de información

González explica el carácter imprescindible de los sujetos de información, para el trabajo de investigación: “Se especifican los elementos del universo o conjunto de individuos en los cuales se miden o estudian las variables o tópicos de interés de la investigación.” (González et al, (2018) P. 34)

Esta especificación gira en torno a dos criterios:

- **Criterios de inclusión:** Con base en este criterio se determinan los sujetos que pueden quedar dentro de la muestra.
- **Criterios de exclusión:** Con base en este criterio se determinan los sujetos que pueden quedar fuera de la muestra.

NOTA: En esta investigación, al poseer un carácter netamente filosófico y por tanto analítico no experimental, la mejor vía para el tratamiento de las distintas teorías, aquí expuestas, es prescindir de los sujetos de información de manera física pero sí abarcar su pensamiento a partir de su legado bibliográfico, concertando una atención especial en el patrón evolutivo de los sistemas de valoración, contenidos tanto en el Derecho Patrio como en Derecho Comparado, factores que la sociedad ha considerado importantes, tanto para la valoración del objeto como la de la utilidad y la naturaleza inherente del bien, que le hace merecedor de un valor.

3.2.2 Fuentes de primera mano

González define este tipo de fuentes, de la siguiente manera: “Todos los documentos como tesis de las Universidades que se encuentran en línea y trabajos de investigación de organizaciones reconocidas.” (González et al, (2018) P. 36)

Autor o Autores	Universidad u organización	País	Año
Bartolotti Henríquez L.	Universidad Austral de Chile	Chile	2011
Calderón Astete R.	Universidad Internacional de Andalucía	España	2013
Díaz Marín M.	Universidad de San Carlos de Guatemala	Guatemala	2013
Fernández Barrantes A. y Paniagua Sánchez C.	Universidad de Costa Rica	Costa Rica	2016
Murillo Arias I.	Universidad de Costa Rica	Costa Rica	2015

Cuadro 1.

3.2.3 Fuentes de segunda mano

Comprende la bibliografía de autores relacionados. González las define como: “Libros utilizados durante la investigación, tanto como fuentes de consulta como bibliográficos. En este apartado, se pueden incluir documentos tomados de sitios web, siempre y cuando cuenten con su autor, título y año de publicación.”

(González et al, (2018) P. 36)

AUTOR O AUTORES	CORRIENTE FILOSÓFICA	PAÍS	AÑO
Karl Marx	Materialismo	Prusia	1867
Bertrand Russell	Positivismo	Inglaterra	1912
Jean-Jacques Rousseau	Exégesis	Suiza	1754
Max A. Freund	Lógica	Costa Rica	2011
Enrique Pedro Haba	Axiología	Costa Rica	2010
Mario Bunge	Materialismo	Argentina	1997
Friedrich Nietzsche	Crítica de metafísica y moral	Alemania	1965
Risieri Frondizi	Antropología , Axiología	Argentina	1972
Norberto Bobbio	Iusfilosofía	Italia	1958
Jacques Maritain	Humanismo Cristiano	Francia	1982
Manuel García Morente	Humanismo Cristiano	España	1980
José Ortega y Gasset	Vitalismo	España	1924
William Shakespeare	Dramaturgo	Inglaterra	1997
Edward B. Tylor	Etnología	Inglaterra	1976
Platón	Idealismo objetivo	Grecia Antigua	1975
Hans Kelsen	Iusfilosofía	Austria	2009
Aristóteles	Naturalista y realista	Grecia Antigua	Recopilatorio
Edmund Husserl	Fenomenología pura	Moravia	2006
John Locke	Materialismo	Inglaterra	2005
Jesús Ballesteros	Iusfilosofía	España	1994
Gustav Radbruch	Iusfilosofía	Alemania	1962
Tomás de Aquino	Teísta	Italia	1993
George Berkeley	Inmaterialismo	Irlanda	2007
Immanuel Kant	Idealismo trascendental	Prusia	2004

Cuadro 2.

3.2.4 Fuentes de tercera mano

Para González son: “Artículos científicos de revistas reconocidas e indexadas, artículos de expertos. Se establece el nombre del artículo, nombre de la revista y el número como el año. Libros y documentos relacionados con los temas que se desarrollan.” (González et al, (2018) P. 37)

Autor o Autores	Universidad u organización	País	Año
González Pérez M.	Hospital La Católica	Costa Rica	2014
Madrigal Cuadra R.	Ravista Ciencias Jurídicas	Costa Rica	1981
Ortega y Gasset J.	Revista Occidente	España	1924

Cuadro 3.

3.3 SELECCIÓN DEL MUESTREO

3.3.1 La población

González indica que la población: “Constituye el universo total sobre el cual se hace la investigación y puede estar conformada por comunidades, grupos, personas; situaciones, organizaciones.” (González et al, (2018) P. 37)

Las técnicas por utilizar al respecto serán: el análisis documental, cómo se analiza un documento con respecto a otro y las teorías de distintos autores.

3.3.2 La muestra

En este acápite, cabe la aclaración sobre la disparidad que existe en un grupo reducido de personas, cuando se trata de recolectar la información. Al respecto, González et al, (2018) afirman lo siguiente:

“Constituye un subgrupo representativo de la población, idéntico en todos sus extremos, su tamaño no implica que una investigación sea mejor, porque se lleve a cabo con grupos grandes; sino que la calidad radica en que se describan claramente las características de la muestra, para evitar ambigüedades o confusiones. Puede ser de dos tipos: probabilística y no probabilística. El nivel de confianza de la muestra debe de ser de un 95%. Para el caso académico y por su elevado costo se sugiere un nivel de confianza del 90%.” (P. 37)

3.3.3 Probabilística

Definidos los subgrupos, los sujetos que conforman este muestreo rinden una gran cantidad de datos que pueden ser tratados posteriormente mediante técnicas estadísticas.

Según González et al, (2018) una muestra probabilística:

“Es cuando todos los sujetos que conforman el subgrupo tienen la misma posibilidad de ser escogidos por medio de una selección mecánica; este procedimiento es esencial en las investigaciones con enfoque cuantitativo, porque se suelen recoger los datos mediante encuestas y cuestionarios para luego analizarlos estadísticamente. Las unidades muestrales o elementos se eligen en forma aleatoria; es decir, al azar, de modo que exista la misma probabilidad de que cualquiera participe.” (P. 38)

3.3.4 No probabilística

González et al, (2018) afirman lo siguiente.

“Se da cuando la elección depende de las características de la investigación y la toma de decisión de una persona o grupo.

Este tipo de muestra se selecciona con sujetos “típicos”, con la finalidad de que sean casos representativos de la población. Dicha población o universo representativo se utiliza, para extraer los datos y delimitar la muestra durante el proceso investigativo. Los estudios de casos constituyen una muestra en sí mismos y pueden ser: una persona, una pareja, una familia; una empresa, un departamento, etc. Y este implica recoger el máximo de información, para entender las características y condiciones.” (P.39)

3.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA RECOLECTAR LA INFORMACIÓN

3.4.1 Entrevista.

Bernal, (2010) expresa respecto de la entrevista: “Como se mencionó en el capítulo anterior, retomando a Buendía, Colás y Hernández (2001) la entrevista es una técnica que consiste en recoger información mediante un proceso directo de comunicación entre entrevistador(es) y entrevistado(s), en el cual el entrevistado responde a cuestiones, previamente diseñadas en función de las dimensiones que se pretenden estudiar, planteadas por el entrevistador.” (P. 256)

3.4.2 Tipos de Entrevista.

Según Bernal, (2010):

“En investigación hay diferentes tipos de entrevista; sin embargo, es usual clasificar las entrevistas en: estructurada, semiestructurada y no estructurada.

Entrevista estructurada: Cerda (1998) señala que a esta entrevista también se le denomina entrevista directiva; se realiza a partir de un esquema o formato de cuestiones previamente elaborado, el cual se plantea en el mismo orden y en los mismos términos a todas las personas entrevistadas.

Para Buendía et al. (2001), las entrevistas requieren entrevistadores muy entrenados y que, a la vez, conozcan ampliamente el tema objeto de estudio.

Entrevista semiestructurada: Es una entrevista con relativo grado de flexibilidad, tanto en el formato como en el orden y sus términos de realización, para las diferentes personas a quienes está dirigida.

Entrevista no estructurada: Este tipo de entrevista se caracteriza por su flexibilidad, ya que en ella solo se determinan previamente los temas que se van a tratar con el entrevistado. Durante la entrevista, el entrevistador puede definir la profundidad del contenido, la cantidad y el orden de las preguntas o cuestiones por tratar con las personas que van a entrevistarse. (P. 256 – 257)

3.4.3 Cuestionario.

Bernal, (2010) instruye con respecto a este tema:

“El cuestionario es un conjunto de preguntas diseñadas para generar los datos necesarios, con el propósito de alcanzar los objetivos del proyecto de investigación. Se trata de un plan formal para recabar información de la unidad de análisis objeto de estudio y centro del problema de investigación.

En general, un cuestionario consiste en un conjunto de preguntas respecto a una o más variables que van a medirse.

El cuestionario permite estandarizar y uniformar el proceso de recopilación de datos. Un diseño inadecuado recoge información incompleta, datos imprecisos y, por supuesto, genera información poco confiable.” (P. 250)

3.4.4 Criterios básicos para el diseño de un cuestionario.

Para Bernal:

“Antes de iniciar la elaboración de un cuestionario, es necesario tener claros los objetivos y las hipótesis o preguntas de investigación que impulsan a diseñar el cuestionario. Además, es preciso tener cierta seguridad de que la información podrá conseguirse usando los métodos de que se dispone y requiere el objeto de estudio. Cuando se prepara un instrumento para recabar datos, deben examinarse los siguientes aspectos básicos:

- La naturaleza de la información que se busca.
- La naturaleza de la población o muestra de sujetos que aportarán la información.
- El medio o los medios de aplicación del instrumento. (P.250 – 251)

3.4.5 Observación.

“La observación, como técnica de investigación científica, es un proceso riguroso que permite conocer, de forma directa, el objeto de estudio para luego describir y analizar situaciones sobre la realidad estudiada.” (Bernal, 2010)

3.4.6 Elementos constitutivos de un proceso de observación.

De acuerdo con Bernal:

“De acuerdo con Cerda (1998), los elementos que conforman un proceso de observación y necesitan ser claramente definidos por el observador, en todo proceso de investigación fundamentado en la observación, son los siguientes:

- El sujeto que investiga.
- El objeto de estudio.
- Los medios en los que se da la observación.
- Los instrumentos que se van a utilizar.
- El marco teórico del estudio” (Cerda 1998, citado por Bernal, P. 258).

Para el mencionado autor, según los niveles de relación que se den entre el sujeto y el objeto, así como entre estos con los medios y los instrumentos, se dan diferentes tipos de observación, entre los cuales cabe señalar los siguientes:

Observación natural: Es aquella en la que el observador es un mero espectador de la situación observada; por tanto, no hay intervención alguna de este en el curso de los acontecimientos observados.

Observación estructurada: Es aquella en la que el observador tiene un amplio control sobre la situación objeto de estudio; por tanto, el investigador puede preparar los aspectos principales de la situación de tal forma que reduzca las interferencias ocasionadas por factores externos al estudio y que se logren los fines de la investigación.

Observación participante: En este tipo de observación, el observador es parte de la situación que observa. Según Cerda (1998): “Una de las premisas del investigador que opta por tal técnica de obtención de información es que debe estar el mayor tiempo en la situación que se observa, con el propósito de conocer de forma directa todo aquello que a su juicio puede constituirse en información para el estudio.” (P. 258)

3.4.7 Análisis de contenido cuantitativo

Según Hernández, el análisis de contenido cuantitativo: “Es una técnica para estudiar cualquier tipo de comunicación de una manera “objetiva” y sistemática, que cuantifica los mensajes o contenidos en categorías y subcategorías, y los somete a análisis estadístico.” (Hernández et al, (2018) P.251)

NOTA: Debido a la naturaleza del actual estudio y su rigor en materia comparativa y analítica, no podrá ser sustentado con base en instrumentos para la recolección de datos. Al ser tratado el tema como sistema filosófico y su posterior evolución a lo largo de la historia, así como las necesidades y factores que permean la aplicabilidad del Derecho en las distintas sociedades, no puede entablarse el uso de instrumentos para la recolección de datos, ya que se vería, en extremo reducido el grupo, destinado para tal fin, el conocimiento de toda institución metodológica para tratar de hacer positivo el Derecho, solo por cierto grupo de especialistas en la materia, con lo cual el fin comparativo de tal instrumento sería seriamente viciado, por lo tanto, en el presente estudio se establece como técnica, para la recolección de datos, la OBSERVACIÓN ESTRUCTURADA.

3.5 DEFINICIÓN CONCEPTUAL, OPERATIVA E INSTRUMENTAL DE LAS VARIABLES

3.5.1 Definición conceptual, operativa e instrumental

De acuerdo con González: “Se lleva la variable de un nivel abstracto a un plano de concreción. A esto se le denomina “operacionalización”, para precisar al máximo el significado que se le otorga a la variable en ese estudio” (González et al, (2018) P. 40)

A su vez, se extrae de la proposición anterior, que la operacionalización de las variables se realiza mediante tres vertientes, definidas mediante la siguiente esquematización:

3.5.2 Variable independiente (Factor A - B (SEIN))

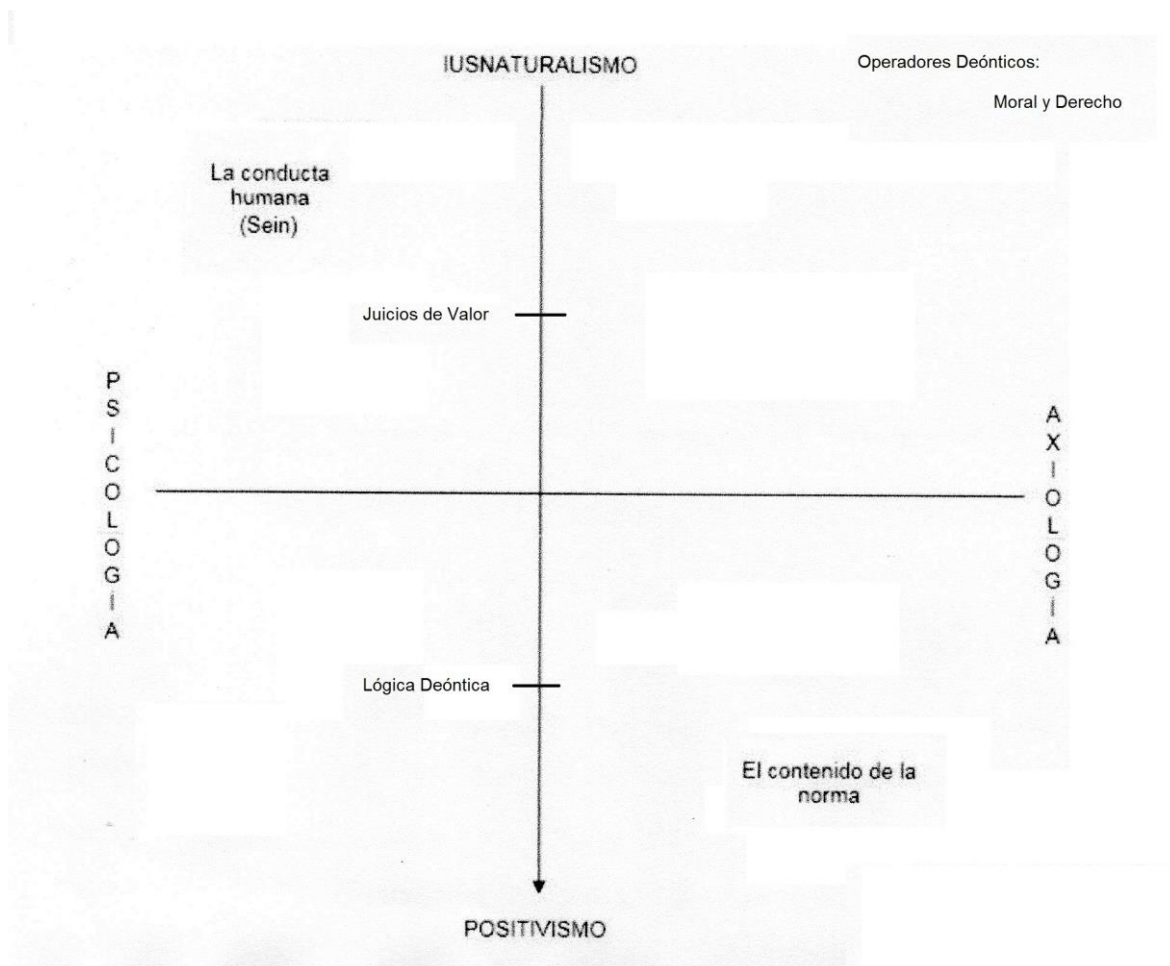
Definición conceptual: Según González: “Refiere a la claridad teórica de la variable y se extrae del marco teórico en forma resumida. (González et al, (2018) P. 41)

Debido a la complejidad y división en el tratamiento de la teoría, así como el haberse ubicado la **Propuesta de la Doble Funcionalidad** en la teorización del SEIN y el SEIN-SOLLEN kelseniano, las definiciones, tanto conceptual, como operacional e instrumental, parten siempre de dos vertientes, que operan desde la conceptualización iusnaturalista del Derecho y llevándola al Positivismo Jurídico, así como se tratan elementos propios de la conducta, en un nivel psicológico del individuo y se traducen al mundo axiológico del Derecho.

NOTA: Conceptualizar los términos descritos en este factor, ubica en la condición apriorística de la conducta humana, ergo LA CONDUCTA HUMANA Y LA NORMA.

Definición operacional: De acuerdo con González: “Refiere a traducir en indicadores, que permitan la observación directa de la variable; es decir, la observación empírica donde la medición se realiza en aspectos concretos.” (González et al, (2018) P. 41)

- Según el Factor A – B (SEIN):



Cuadro 1.

NOTA: La esquematización del presente trabajo permite el entrelazamiento de los factores A y B (SEIN) para la comprobación de la propuesta.

Definición instrumental: En opinión de González, consiste en lo siguiente: “Se especifican las técnicas e instrumentos por utilizar para la recolección de la información, según las variables abordadas y los resultados esperados, se indican las preguntas que miden los indicadores de las variables.” (González et al, (2018) P. 41)

NOTA: En el presente trabajo se utiliza una Matriz de Gestión para la sistematización de ideas, teorías y escuelas, en sus distintas vertientes.

3.5.3 Variable dependiente (Factor A – B (SEIN-SOLLEN))

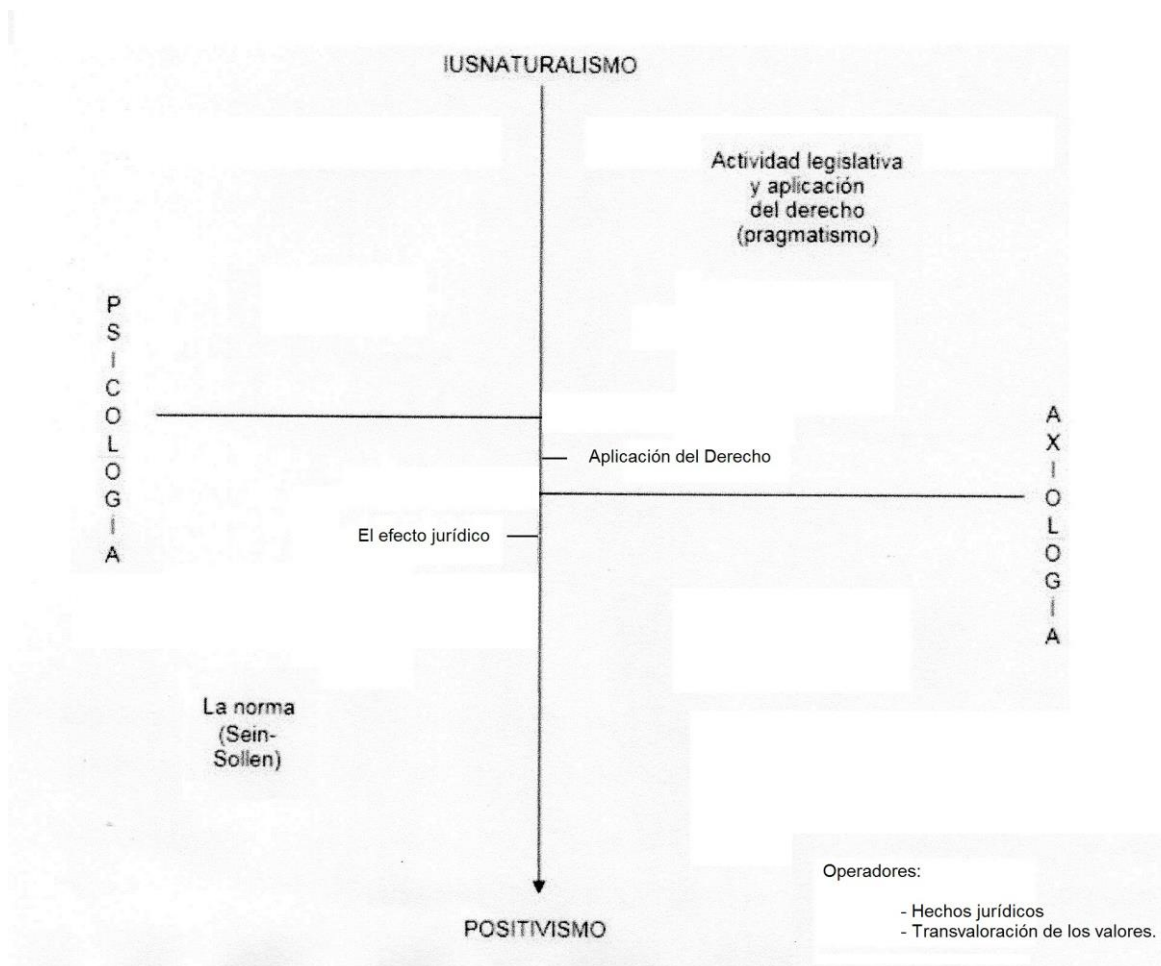
Definición conceptual: Para González, una variable dependiente: “Refiere a la claridad teórica de la variable y se extrae del marco teórico en forma resumida. (González et al, (2018) P. 41)

Debido a la complejidad y división en el tratamiento de la teoría, así como el haberse ubicado la **Propuesta de la Doble Funcionalidad** en la teorización del SEIN y el SEIN-SOLLEN kelseniano, las definiciones, tanto conceptual, como operacional e instrumental, parten siempre de dos vertientes, que operan desde la conceptualización iusnaturalista del Derecho y llevándola al Positivismo Jurídico, así como se tratan elementos propios de la conducta, en un nivel psicológico del individuo y se traducen al mundo axiológico del Derecho.

NOTA: Conceptualizar términos descritos en este factor, ubica en la condición apriorística de la conducta humana, ergo LA CONDUCTA HUMANA Y LA NORMA.

Definición operacional: Según González: “Refiere a traducir en indicadores, que permitan la observación directa de la variable; es decir, la observación empírica donde la medición se realiza en aspectos concretos.” (González et al, (2018) P. 41)

- Según el Factor A – B (SEIN-SOLLEN):



Cuadro 2.

NOTA: La esquemmatización del presente trabajo permite el entrelazamiento de los factores A y B (SEIN) para la comprobación de la propuesta.

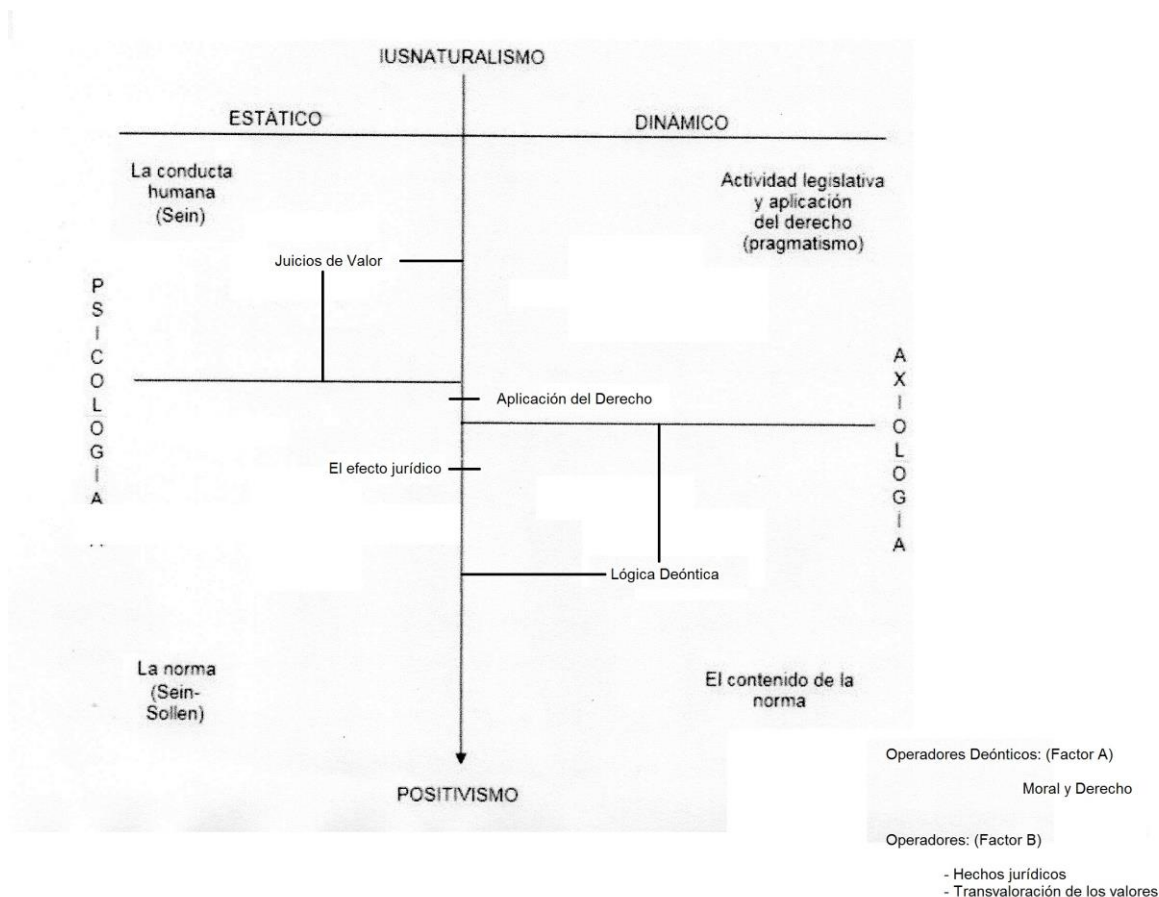
Definición instrumental: Al respecto, González afirma: “Se especifican las técnicas e instrumentos por utilizar para la recolección de la información, según las variables abordadas y los resultados esperados, se indican las preguntas que miden los indicadores de las variables.” (González et al, (2018) P. 41)

NOTA: En el presente trabajo se utiliza una **Matriz de Gestión**, para la **sistematización de ideas, teorías y escuelas en sus distintas vertientes.**

3.5.4 Definición operacional conjunta

En este sentido, indica González: “Refiere a traducir en indicadores, que permitan la observación directa de la variable; es decir, la observación empírica donde la medición se realiza en aspectos concretos.” (González et al, (2018) P. 41)

- Según el Factor A – B (SEIN y SEIN-SOLLEN):



Cuadro 3.

NOTA: La esquematización del presente trabajo permite el entrelazamiento de los factores A y B (SEIN y SEIN-SOLLEN) para la comprobación de la propuesta.

3.5.5 Instrumento para la recolección de datos

Documentos, registros, materiales y artefactos

De acuerdo con Hernández: “Una fuente muy valiosa de datos cualitativos son los documentos, materiales y artefactos diversos. Nos pueden ayudar a entender el fenómeno central de estudio. Prácticamente la mayoría de las personas, grupos, organizaciones, comunidades y sociedades los producen y narran, o delinean sus historias y estatus actuales....

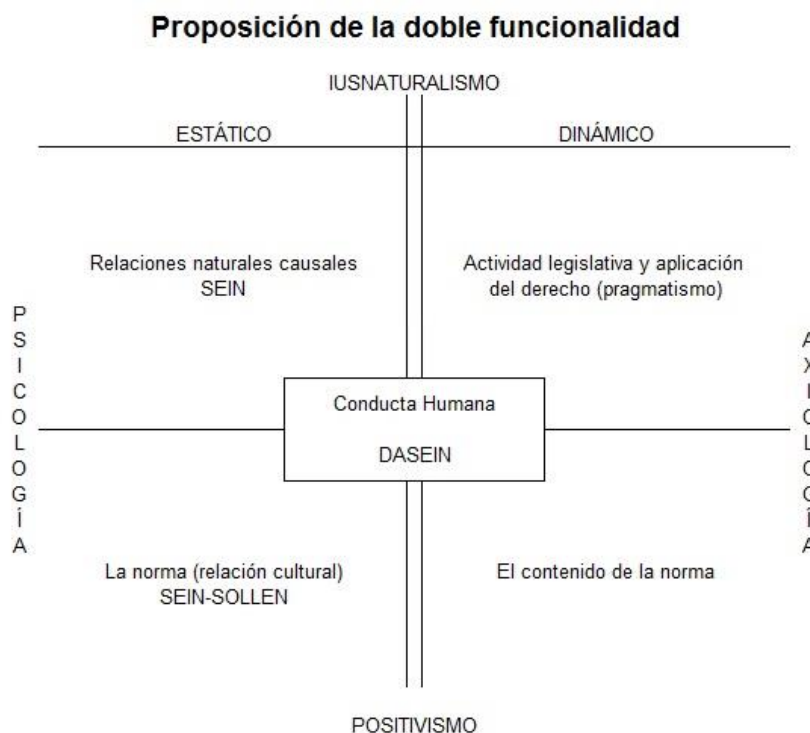
...Entre tales elementos podemos mencionar cartas, diarios personales, fotografías, grabaciones de audio y video por cualquier medio, objetos como vasijas, armas y prendas de vestir, grafiti y toda clase de expresiones artísticas, documentos escritos de cualquier tipo, archivos, huellas, medidas de erosión y desgaste, etcétera.” (Hernández et al, (2018) P.415)

3.5.6 Cuadro Operacionalización de las Variables

OBJETIVO ESPECÍFICO	HIPÓTESIS	VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DEFINICIÓN INSTRUMENTAL
<p>1. Comparar los distintos factores de evolución de la sociedad que han marcado la valoración del bien a través de la historia.</p> <p>2. Estimar la evolución del Derecho para los juicios de valor que imperan hoy en día.</p> <p>3. Establecer los aspectos dinámicos y estáticos del derecho en el ejercicio de los juicios de valor.</p> <p>4. Planear un sistema basado en la comparación de las teorías de juicios de valor para la tipicidad del bien en la norma.</p>	LEGISLAR (aplicación del Derecho)	La norma	Pragmatismo operado desde las corrientes animistas del derecho. Vertiente positivista a partir de la aplicación del Derecho	Los campos psicológicos contienen la tesisura del SEIN-SOLLEN kelseniano. Vertiente final: El efecto jurídico	Abarca las distintas teorizaciones de las escuelas. Verifica la hipótesis mediante el silogismo jurídico de filosofías: lógica, materialismo, teísta y fenomenología pura
		POSITIVISMO			
	La valoración del bien	Conducta humana	Vertientes que operan desde la conceptualización iusnaturalista del Derecho y llevándola al Positivismo Jurídico, así como se tratan elementos propios de la conducta a un nivel psicológico del individuo y traduciéndolo al mundo axiológico del Derecho	En la tesisura kelseniana del SEIN, se muestra cómo la conducta humana nutre el iusnaturalismo y da pie a los juicios de valor. Mediante la lógica deóntica se lleva al positivismo	Abarca las distintas teorizaciones de las escuelas. Verifica la hipótesis mediante el silogismo jurídico de filosofías: axiología, materialismo, exégesis y humanismo cristiano
		IUSNATURALISMO			

CAPÍTULO CUARTO:
PROPOSICIÓN EN RAZÓN DEL DASEIN Y ANÁLISIS
JURISPRUDENCIAL

4.1. PROPOSICIÓN DE LA DOBLE FUNCIONALIDAD EN RAZÓN DEL DASEIN



Cuadro 1

En el tradicionalismo doctrinal, se encuentra una disociación entre conceptos de validez y eficacia de la ley, términos *ab initio*, reconocidos en el análisis doctrinal, según lo cual, puede tratarse como jurisprudencia en cuanto su validez tenga vigencia y en su opuesto, la validez que no comprende vigencia, llamada en desuso y que no tiene validez.

Sin embargo, en el axioma de tales presupuestos, la validez poco interesa al jurista, debido al uso real de la ciencia del derecho, donde atañe únicamente al derecho positivo.

En esta posición se encuentra el ser, como individuo íntegro en su esencia y motor social; se presenta como un fenómeno, al cual le es competente el mundo del hipotético jurídico, para su realización como ser de calidad gregaria. Además, aunado a ello, el estado de su estructura de comportamiento para definir la eficacia, *id est*, la jurisprudencia ha restringido el campo de acción del positivismo, que se ubica como estudio *a posteriori* del comportamiento. En la tesis de Martin Heidegger se encuentra el término *dasein*, del cual puede nutrirse la propuesta de la doble funcionalidad, en cuanto el ser humano entra, no como un fenómeno estructural de la relación en el momento de legislar, es más el uso de las relaciones entre la materia psicológica y la materia axiológica, así como tratados del iusnaturalismo al positivismo, donde la existencia como proyecto de relación del ser humano con su entorno, encuentra asidero a través del ser/estar ahí o *dasein* de Heidegger.

Al respecto, Martin Heidegger argumenta: "desde un principio su tema es el ser- objeto, la objetividad de determinados objetos, y objeto para un pensar teórico indiferente, o el ser- objeto material para determinadas ciencias que se ocupan con él, de la naturaleza o de la cultura; y el mundo, pero no considerado desde el existir y las posibilidades del existir sino siempre a través de las diversas regiones de objetos; o también el añadido de otros rasgos no teóricos. (Téngase en cuenta el doble sentido de "naturaleza": mundo y una región de objetos; la "naturaleza" en cuanto mundo sólo se puede formalizar partiendo del existir, de la historicidad, que no es, por lo tanto, "fundamento" de su temporalidad; lo mismo del "cuerpo".)" (Heidegger, 2015. Págs.: 19-20). Para el efecto actual del presente estudio, el término existir debe ubicarse dentro del concepto de *dasein*, cuyo elemento central figura en la teoría de Heidegger y comienza a fraguarse el

término técnico dentro de su filosofía. El verbo correspondiente al término *dasein* es, por supuesto, "existir" y mejor aún "haber".

De este punto resta, entrar a conocer la posibilidad fundamental que existe en la relación entre la axiología y la metafísica, siendo esta última extraña a ser definida por la conceptualización netamente científica y la primera por ser reflejo del valor sustrato de legislador y objeto de las reglas dictadas.

El término *dasein* en la propuesta de la doble funcionalidad, únicamente al otorgarle historicidad y temporalidad al ser humano como fenómeno dentro de la relación teórico-jurídica y el mundo de lo hipotético jurídico.

4.2. VALIDEZ

De modo imperativo, el término de validez de una norma positiva, es la posibilidad de esta con respecto al resto del ordenamiento jurídico y de la forma como se confiere un derecho válido, siendo esto un juicio valorativo *a priori* a la exigibilidad, en tanto no sea formalmente derogado. La problemática actual de la validez del derecho centra su aplicación, con base en el contenido de la norma y su disposición frente a la realidad social; con lo cual trasciende de la formalidad meramente lógica, al término de ejecución para expresar la razón del trato.

En su disparidad, las dificultades ínsitas al tema se tratan desde la filosofía, propiamente en sus ramas de la lógica y la axiología, cuyo empleo del concepto se asigna en divergencia de sentidos proyectados, en el ámbito jurídico.

La primera de estas vertientes consiste, en una compatibilidad de la validez de sus referencias integrativas de la estructura lógica; donde el juicio configura la rama más simple y el razonamiento la más compleja.

La segunda imbrica en la similitud de la exigencia, reconociéndose como sujeto cognoscible de la teoría desde la objetividad del valor de la idea sensible, a través del juicio valorativo.

Sin embargo, este razonamiento se mantiene incólume en el plano mental, por lo que cabe cuestionarse del disímil operativo de su estudio connotado. En su eficacia o vigencia, pierde las razones del juicio lógico y valorativo, de la idea del sujeto cognoscible dentro de la teoría, sin embargo, sin estos no hay asidero a su validez.

La razón resolutoria se encuentra en el tránsito entre uno y otro, en el tanto que la validez readecua su idealidad al reflejo de la eficacia de la norma. Cada uno de los términos de la problemática reseñada es, a su vez, origen de un particular esquema de fundamentación; de modo que puede hablarse en tal sentido, de fundamento lógico, axiológico, fáctico y metafísico, del concepto estudiado.

La norma como juicio y la compatibilidad expresada y establecida anteriormente, resultan aplicables. En teoría, la validez resulta lograda al ordenamiento, en tanto exista una relación de congruencia y correspondencia.

Ahora bien, este modo de relacionarse dos normas, predominantemente formal, implica un sistema de creación normativa denominada por Kelsen “dinámico” (Kelsen, 2009), y que es típico del derecho positivo, mas no del derecho natural o del orden moral, pues en estos sistemas desregulación de la conducta humana, las normas son válidas en cuanto se deducen de un principio fundamental, como un concepto particular es subsumible en un concepto genérico.

Este fenómeno puede trasladarse al plano del derecho positivo, en el tanto una norma superior determina el contenido de la norma, en un nivel subordinado. En este supuesto se establece un marco, donde la carencia nacida de esta disconformidad debe ser abarcada, mediante una determinación del derecho entre fundamentos, en el tratamiento de una norma individualizada, *id est*, la validez de la norma subordinada se determina, en el tanto la medida de su contenido o materia coincida con la norma superior.

Sin embargo, cualquiera que sea la validación considerada, abarcando ambas, formal y material, en un sistema de correspondencia, presupone un procedimiento no extensible, comprendiendo la finitud de la pirámide jurídica en su ascensión.

En el supuesto lógico, ninguna otra norma o corriente positiva no sobrepone su validez a una Constituyente, cuya supremacía conforma la norma hipotética fundamental en su contenido, ya que obedece al legislador originario; por tanto, es fuente común de validez de toda norma, perteneciente al tiempo jurídico configurado. Asimismo, se ha mencionado que todos los estudiosos, enrolados en la escuela egológica, encuentran que la validez del orden jurídico se convierte, en este nivel de validez del pensamiento jurídico, puesto que la norma hipotética fundamental asume función de referencia o, en otras palabras, de supuesto gnoseológico, para pensar válidamente en un ordenamiento de derecho.

Kelsen reconoce esa necesidad imperativa de la separación entre hecho y norma, validez y eficacia y las ubica en un plano de equilibrio y una concordancia entre ambas, por lo que da lugar al fundamento lógico. Contrario a esto, y en el caso del desacuerdo entre norma y conducta, se pierde todo sentido de posibilidad lógica, en el tanto el orden normativo carecería de sentido, haciendo nula su validez y eficacia, ya que no existen los presupuestos mínimos, para llegar a tal fundamento.

4.3. APORÍA JURÍDICA

Cuando se mencionan los conceptos de validez y eficacia, su dependencia ha dado pie a que sean tomados como entidades de nociones idénticas, por lo que el verdadero significado del derecho válido radica, únicamente como un derecho eficaz. La norma jurídica es eficaz cuando encuentra en la vida social una utilidad práctica, ejerce una fuerza como tal y se traduce como el cumplimiento regular del derecho normativo, por la mayoría de quienes conforman el acervo social; dotado de realidad empírica.

“Si se considera la validez del derecho como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas” (Kelsen, 2009. Págs. 31-32). A ello puede añadirse, que si bien las teorías mencionadas justifican “por qué” la norma ha sido efectiva, no hacen lo mismo respecto de “por qué” deben ser obedecidas.

La oposición validez - efectividad, considera una posibilidad de ser superada, mediante la tendencia de la escuela egológica, postulando una fundamentación donde la norma da la validez en la vigencia. Al contrario de esto, la doctrina tradicional tiene presente una disociación entre los términos *ab initio*, disociación que versa en la antinomia de términos, los cuales son: validez, que tiene vigencia (jurisprudencia) como tesis y validez que no tiene vigencia (desuso) como antítesis. Asimismo, puede mencionarse la vigencia que no tiene validez.

4.4 AXIOMATIZACIÓN DE LAS LEYES

Por derivación, 'axioma' significa "lo que es digno de ser estimado, creído o valorado". En su acepción más clásica, el axioma equivale al principio que, por su dignidad misma, es decir, por ocupar un cierto lugar en un sistema de proposiciones, debe ser estimado como verdadero.

El término 'axioma' tiene todavía este significado: los axiomas son para el estagirita, principios evidentes que constituyen el fundamento de toda ciencia. En tal caso, los axiomas son proposiciones irreductibles, principios generales, a los cuales se reducen todas las demás proposiciones y en los cuales estas necesariamente se apoyan. El axioma posee, por así decirlo, un imperativo que obliga al asentimiento, una vez enunciado y entendido

En suma se define el axioma como una proposición que se impone inmediatamente al espíritu y que es indispensable, a diferencia de la tesis, que no puede demostrarse y no es indispensable. Los axiomas pueden ser llamados también, nociones comunes, *communes animi conceptiones*, cuando se presentan como axiomas, enunciados del tipo siguiente: "Dos cosas iguales a una tercera son iguales entre sí", "El todo es mayor que la parte".

Las proposiciones que podían ser demostradas y no eran evidentes se llamaron teoremas y las que no podían ser demostradas, ni eran evidentes por sí mismas, recibieron el nombre de postulados (como el postulado de las paralelas). Esta terminología tradicional no ha permanecido sin modificaciones. En efecto, está basada en gran parte en una concepción del axioma, como una proposición "evidente" y por lo tanto, está teñida de un cierto "intuicionismo" (en sentido psicológico) que no todos los autores admiten. El cambio en la terminología se ha

impuesto desde el momento en que se ha rechazado, que los axiomas fuesen nociones comunes y en que se ha visto que pueden elegirse diversos postulados, cada uno de los cuales da origen a un distinto sistema deductivo.

Ello ha producido un primer efecto: atenuar y hasta borrar por entero, la distinción entre axioma y postulado.

A estos cambios han contribuido, principalmente, la matemática y la metalógica contemporáneas. Estas distinguen entre axiomas y teoremas. Los primeros son enunciados primitivos (a veces llamados también postulados) aceptados como verdaderos sin probar su validez; los segundos son enunciados, cuya validez se somete a prueba.

Axiomas y teoremas son, por lo tanto, elementos integrantes de todo sistema deductivo. Por lo usual, la definición del concepto de teorema requiere el uso del concepto de axioma, así como el de los conceptos de regla de inferencia y de prueba, en tanto que el concepto de axioma es definido por enumeración. Así, los axiomas del cálculo sentencial se definen, dando la lista de tales axiomas; los del cálculo cuantificacional elemental, dando la lista de sus axiomas, y así sucesivamente.

Se puede decir, pues, que ha habido dos distintas orientaciones en la concepción de los axiomas. Una de estas orientaciones destaca la intuitividad y autoevidencia de los axiomas; la otra destaca su formalidad e inclusive elude adscribir a ningún axioma el predicado “es verdadero”. Esta última orientación, usualmente llamada formalista (en sentido amplio), es la que más se ha impuesto hoy día. En esta conexión se ha hablado de la axiomatización de la matemática, y en general de la axiomatización de las ciencias. La axiomatización es equivalente

a la formalización y lo que se ha mencionado sobre esta puede, por consiguiente, aplicarse a aquella.

Ahora bien, dentro de la misma concepción formalista se han sostenido diferentes puntos de vista. Algunos autores han interpretado los axiomas en un sentido convencionalista o bien pragmatista. Otros han usado para su interpretación conceptos de índole más "intuitiva", aunque sin recurrir a la evidencia en sentido clásico.

Asimismo, han existido quienes han tomado posiciones intermedias, según las cuales, los axiomas tienen un carácter ideal-formal que permite superponerlos a proposiciones reales, pero sin que expresen el aspecto conceptual (en sentido clásico) de estas proposiciones. Una tesis sostenida con mucha frecuencia ha sido la que ha consistido en considerar los axiomas como cercanos a las hipótesis. El axioma de geometría, lo mismo que el de lógica, eran considerados antaño como una verdad a la vez indemostrable y necesaria. Hoy día no se vacila en tratar a los axiomas de enunciados hipotéticos. Los propios sistemas axiomáticos son definidos a veces, como sistemas hipotético-deductivos.

Sin intentar hacer del axioma un enunciado arbitrario, lo que sería llevar las cosas al absurdo, hay que admitir que el método axiomático ha restituido una cierta libertad respecto al axioma: la libertad de admitirlo, de rechazarlo, de sustituirlo por otro enunciado, etc. Con lo cual, si el axioma ha perdido algo de su necesidad respecto a la hipótesis, esta ha adquirido una cierta realidad frente al axioma.

Algunos pocos autores han distinguido entre un aspecto analítico y un aspecto sintético de los axiomas.

En este último caso, se ha declarado que los axiomas no tienen una forma pura; poseen una cierta “materia” y son llamados por ello “axiomas regionales”. Sin embargo, esta concepción de origen fenomenológico, no es aceptada por los que han seguido considerando, la noción de axioma, desde un punto de vista estrictamente lógico-formal.

Kant ha llamado axiomas de la intuición a aquellos principios sintéticos del entendimiento puro, correspondientes a la categoría de cantidad y cuya fórmula general es la siguiente: “Todas las intuiciones son cantidades extensivas” o “Todos los fenómenos son, por su intuición, cantidades extensivas” (Kant, 2004). Kant entiende por cantidad extensiva “aquella en la cual la representación de las partes hace posible la del todo”.

Tal condición de la representación se aplica, tanto al espacio como al tiempo, pues ninguna parte, de un momento o de otro, puede representarse sin trazarse en el pensamiento o reproducirse sucesivamente. El principio mencionado es trascendental de la ciencia matemática y mediante este pueden aplicarse las matemáticas puras, con toda precisión, a los objetos de la experiencia.

4.5. CARÁCTER NORMATIVO

A lo largo de la historia de la ciencia del Derecho, se ha afirmado y refutado sucesivamente una serie de conceptos que pueden sinterizarse así: primero, que la ciencia jurídica es normativa porque suministra normas. Esta afirmación deriva de la rígida postura adoptada por los primeros expositores del Derecho, de la antigüedad clásica; segundo, que la ciencia jurídica es normativa, porque conoce normas. A esta afirmación se llegó, como resultado de la comprensión adquirida por los juristas del siglo XIX, que aceptaron la simbiosis existente entre Estado y Derecho, reconociendo en el primero, la calidad o carácter de fuente jurídica única. Fue la era del "positivismo de la ley", durante cuyo transcurso los juristas insistieron en que había que respetar y conocer "el hecho de la ley", emanado de la voluntad del legislador y concretado siempre en una o varias normas; tercero, que la ciencia jurídica es normativa, porque conoce la conducta mediante normas y así se llega a reconocer la interferencia intersubjetiva de la conducta humana.

La teoría que interesa para efectos de este trabajo, vino a llenar la brecha que separó durante el último siglo, a la filosofía de la jurisprudencia. Desde Platón hasta Hegel, la filosofía y la jurisprudencia estuvieron íntimamente unidas, pero a partir del advenimiento del positivismo, se produjo una ruptura total entre ambas disciplinas. La teoría egológica trata de unir las nuevamente, advirtiendo en primer término al jurista, que para que pueda actuar a conciencia como tal, debe incorporar a su preparación específica un mínimo de conocimiento filosófico, que le permita encarar la problemática de la ciencia del Derecho, desde un enfoque más amplio y que lo capacite al mismo tiempo para salirse de sí mismo y ubicarse

en el desarrollo del proceso, simultáneamente, como sujeto cognoscente y como partícipe.

Esta posibilidad de una doble acción, práctica por una parte en cuanto que contiene efectos operacionales para el técnico (juez, abogado o legislador) y teórica por otra, en cuanto que esclarece su propia razón de ser, ha determinado que la teoría egológica conecte el problema de la interpretación jurídica, con el problema filosófico del conocimiento. Si interpretar es una manera de conocer, entonces esta conexión en el plano egológico es ineludible.

A la ciencia dogmática del Derecho se le abre así, una perspectiva inesperada y se puede medir la trascendencia de esta tesis, con sólo pensar en que la ciencia del jurista es, por esencia, una ciencia hermenéutica.

4.6. LA ESTIMATIVA EN LA JURISPRUDENCIA: DERECHO COMPARADO Y LA ESTIMATIVA EN LA REITERACIÓN DE FALLOS

La jurisprudencia parte de su emanación en los Tribunales de Justicia y muestra la interpretación e integración del derecho en su máxima expresión. Por ende, no es de extrañar que los principios básicos de la filosofía jurídica se encuentren, plasmados y diseminados en las resoluciones de los tribunales.

Se ha mencionado a Locke y la generación de ideas abstractas para la presencia general de la existencia del todo, pero la tipicidad del cuerpo normativo abarca, en su elasticidad, bienes que no son tangibles e incluso ambiguos en su definición, se trata de valores superiores y en tanto, eternos, de la ética, pilares en toda ciencia jurídica.

Debido a la vastedad de valores superiores, el estudio se concentrará en los tres valores que dignifican la vida por excelencia: la vida, la libertad y la justicia.

4.6.1. Concepto de Vida

Desde la antigüedad, viene distinguiéndose con mayor o menor precisión entre diversas especies de vida, especialmente entre la vida de las cosas vivientes, lo que se podría llamar la vida biológica y la vida propiamente humana.

Una de las formas adoptadas en esta distinción es la que establece una separación entre la vida práctica, y el principio vital, la vitalidad. La primera comprende asimismo la vida moral y culmina en la existencia teórica, en que muchos filósofos de la época helenística vieron, tanto la expresión de la verdadera naturaleza del hombre, como la única posibilidad de su salvación. La segunda representa todo lo que en la Naturaleza y en el hombre es animación y movimiento y por eso, la “vida” es también en cierto modo lo que fue primitivamente el alma, para ser más exactos, aquello que constituyó el soporte de la vida del alma, el ímpetu.

Ya con ello puede advertirse, hasta qué punto es difícil trazar una historia relativamente completa de los significados de “vida”. En primer lugar, porque, aun referido el término a la existencia biológica, esta no tenía antiguamente el mismo sentido, que caracteriza tal realidad, dentro de la actual ciencia de los procesos vivientes. En segundo término, porque la concepción “antigua” de la vida se caracteriza, por un rasgo que le es común a la concepción de otras realidades: el de no presentarse bajo el aspecto de una radical separación, frente a otros seres o a otras maneras de ser, el de no reducir la vida a un reino particular, acotado por una ontología regional y estudiado por una ciencia especial, sino a algo que de alguna manera penetra todas las realidades.

Cuando se habla de la “vida” en historia de la filosofía, es necesario entender previamente, acerca de la connotación del término. Cabe observar, que ya en Aristóteles, inclusive cuando más parece reducir el concepto de vida a lo orgánico-viviente, el vivir no está enteramente alejado del pensar y en general, de todos aquellos actos en los cuales el sujeto hace algo por sí mismo, para revertir hacia sí mismo.

El estudio de la vida no pertenece, entonces, a la física ni a la historia natural, sino a la “psicología”. Pero a la vez, la psicología no era, como para nosotros, una ciencia de una cierta realidad o de unos ciertos comportamientos, sino el saber acerca de lo que es forma y principio de realidad en los seres vivientes. Por eso, desde el primer instante, la vida aparece bajo dos aspectos: es vida del cuerpo, de un cuerpo más "psíquico" que el puramente material y es vida del alma, de un alma más “corporal” que el puro espíritu.

De este análisis se desprende, que proteger la vida corresponde al Derecho como herramienta, para tutelarla; sin embargo, surge un tercer garante de dicha tutela, el Estado, verbigracia, ello se extrae de lo que la Sala Constitucional ha dispuesto en su sentencia 2011-005807 de las dieciséis horas y catorce minutos del diez de mayo del dos mil once: “...De lo dispuesto en los artículos 21 y 40 de la Constitución Política se desprende la obligación objetiva que tiene el Estado costarricense de garantizar la vida de sus habitantes. Al respecto, este Tribunal Constitucional ha dispuesto lo siguiente: “ (...) Ha sido usual que el derecho a la vida, frecuentemente analizado conjuntamente con el derecho a la integridad física, haya sido entendido como un derecho de contenido negativo, es decir, su objeto se limitaba a la pretensión contra el Estado de que se abstuviera de

realizar acciones dirigidas a eliminar la existencia física de las personas, por ejemplo, la tortura o la pena de muerte, o bien que castigara a las personas, públicas y privadas, que atentaran contra la vida e integridad de los otros, por medio del sistema penal; sin embargo, la tendencia actual es imponer al Estado diversas conductas positivas, en el sentido de que más allá de que no debe perturbar la existencia física de las personas, debe actuar en tutela de su protección, ante los múltiples peligros que la acechan, bien sea que provengan de acciones del Estado mismo o de otras personas, e inclusive, de la misma naturaleza. De ahí que, por ejemplo, los temas ambientales han pasado a ser, al menos en Costa Rica, un asunto de índole constitucional, puesto que el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado fue elevado a rango de derecho fundamental. Ahora bien, es menester aclarar que la existencia objetiva de una obligación del Estado, en lo referente a la protección del derecho a la vida, no apareja, ineludiblemente, un derecho subjetivo de las personas a exigir, a través de los organismos judiciales, que se tome una medida determinada, pero sí a que se tomen las medidas idóneas en tutela de ese derecho, ante actitudes abiertamente negligentes, de las autoridades públicas. Se trata así, de que el Estado adquiere la obligación de regular las áreas de la vida social, de las cuales puedan surgir peligros para la existencia física de los habitantes de su territorio, ya sea través de la ley, de reglamentos, de acuerdos o de otras medidas relacionadas con la organización y los procedimientos administrativos, y del derecho subjetivo de las personas a que así se proceda, en forma diligente” (sentencia 2003-011519 de las 10:30 h del 10 de octubre de 2003)...

Ahora bien, producto de la tesis de un Estado garante de la vida humana, lo es el artículo 21 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, donde se

estipula: “Artículo 21: La vida humana es inviolable”; por lo tanto, el interés estatal de proteger la vida de sus habitantes y la constante evolución de la ciencia jurídica, de extraer del iusnaturalismo, aspectos inherentes al diario quehacer del hombre, para llevarlos a un positivismo, es decir, la conducta humana (sein) sometida a la ciencia del Derecho y hecha norma (sein-sollen), tratamiento analítico que se traduce desde lo psicológico (i.e. lo deseado) a lo axiológico (i.e. lo deseable) y que mantiene su orientación de estudio en un plano horizontal.

4.6.2. Concepto de Libertad

El concepto de libertad ha sido entendido y usado de muy diversas maneras y en muy diversos contextos en la literatura filosófica y parafilosófica, desde los griegos hasta el presente. He aquí, a modo de ejemplos, algunos modos como se ha entendido el concepto de libertad: como posibilidad de autodeterminación; como posibilidad de elección; como acto voluntario; como espontaneidad; como margen de indeterminación; como ausencia de interferencia; como liberación frente a algo; como liberación para algo; como realización de una necesidad.

Junto a ello, el concepto en cuestión ha sido entendido de diversos modos, según la esfera de acción o alcance de la libertad; así, se ha hablado de libertad privada o personal; libertad pública; libertad política; libertad social; libertad de acción; libertad de palabra; libertad de idea; libertad moral.

El concepto de libertad es, pues, sumamente complejo. Para entender adecuadamente algunas de sus características hay que relacionarlo, para comparación o contraste, con algunos otros conceptos a los que se han dedicado artículos especiales; tal ocurre con los conceptos de albedrío y algunos otros.

Algunos de los citados conceptos de libertad pueden combinarse con otros. Ciertos conceptos se reiteran a través de la historia de la filosofía. En principio, podría precederse a una sumaria clasificación de conceptos básicos, tales como: libertad en cuanto a autodeterminación; libertad en cuanto a posibilidad de elección; libertad en cuanto a ausencia de interferencia. Ello obligaría, sin embargo, a descuidar algunos otros conceptos, a la vez que a repetir varios de los tratados. Se puede considerar más adecuado, poner en relieve algunos de los conceptos capitales de libertad, que se han manifestado a través de la historia de

la filosofía desde los griegos y preceder este bosquejo histórico con algunas consideraciones de vocabulario.

El vocablo latino *libert*, del cual deriva “libre”, tuvo al principio, el sentido de “persona en la cual el espíritu de procreación se halla naturalmente activo”, de donde la posibilidad de llamar líber al joven cuando, al alcanzar la edad del poder procreador, se incorpora a la comunidad como hombre capaz de asumir responsabilidades. Recibe entonces la toga virilis o toga libera. En este sentido, el hombre libre es el que es de condición no sometida o esclava.

La libertad es entonces la posibilidad de decidirse y, al decidirse, de auto-determinarse. Pero como el sentido de “libre” comprende el de no ser esclavo, la liberación a que se refiere el ser libre puede referirse a muchos significados, entre ellos, por ejemplo, el de “pasiones”.

Cierto es que la libertad en el sentido apuntado conlleva la idea de una responsabilidad ante sí mismo y ante la comunidad: ser libre quiere decir en este caso, estar disponible, pero estarlo para cumplir con ciertos deberes.

El Estado, garante de este valor, estipula el artículo 37 de su Carta Magna: “Artículo 37: Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratare de reo prófugo o delincuente infraganti; pero en todo caso, deberá ser puesto a discusión de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas.” Este párrafo delinea el tratamiento que atañe al positivismo de lo deseado (psicológico) a partir de la actividad legislativa en la axiología del Derecho, unificando los aspectos estáticos y dinámicos de la ciencia jurídica.

Asimismo, el Tribunal de Casación Penal ha dicho: "...lo cual hace referencia a que deben existir elementos de prueba que permitan a la policía u otra autoridad para poder afectar la libertad de un ciudadano, lo cual pone en vigencia los principios pro homine y pro libertati que inspiran el sistema democrático constitucional. Siendo excepcional la privación de libertad, para poder someter a un ciudadano a una restricción de esa naturaleza deben mediar elementos de prueba que razonablemente analizados permitan sostener que pudo haber participado en la comisión de un hecho delictivo o una infracción penal. Dicho esto es claro que viola el texto constitucional la autoridad que detiene a una persona por sospechas..." (Sentencia 2007-00572 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del veinticinco de mayo del dos mil siete), en este proceso intelectual el juzgador recurre a los principios pro homine y pro libertati para hacer referencia al positivismo plasmado en los cuerpos normativos que tutelan la libertad individual, dicha aplicación refiere al sein-sollen (la norma) como punto último de la axiología aplicada en el aspecto estático del Derecho. La valoración del bien hace mutar el concepto indefinido del lusnaturalismo y lo tipifica, haciendo un análisis tanto del comportamiento como de los demás aspectos, tomados como prueba para demostrar la inocencia o la culpabilidad del sujeto.

El Tribunal de Casación Penal continúa: "...Desde esta perspectiva la detención, partiendo de dicha fundamentación fáctica de la acusación, resulta ilegítima, lo que también se extendería a la obtención de la prueba que se obtuvo de la requisita..." Esto demuestra que el comportamiento se liga intrínsecamente al estado de libertad de la persona, de tal manera, que en el aspecto dinámico del Derecho se estaría ante una situación prevista en el contenido de la norma, en sentido inverso a la valoración misma, por medio de la axiología.

4.6.3. Concepto de Justicia

Si en un intercambio una de las partes recibe, de la otra parte, menos de lo que corresponde por lo que ha entregado a esta, se dice que el intercambio no es justo. Si se supone que pertenecen a una persona o a una cosa ciertas propiedades que se le niegan o retiran, se dice que tal negación o tal sustracción no es justa. He aquí dos de las fuentes que suelen dar origen a la idea de la justicia: una es la igualdad (en determinados aspectos) entre dos partes; la otra es la posesión por una persona o cosa, de lo que le corresponde y la restitución a una u otra, de semejante posesión.

Los primeros pensadores griegos manejaron ambas fuentes en sus especulaciones sobre la noción de justicia, pero destacaron el concepto de compensación. Aunque no olvidaron los problemas morales y sociales que plantea la justicia, prefirieron ocuparse de los aspectos “cósmicos”. La justicia fue considerada pues, con frecuencia, como una ley universal, a veces personalizada, que restituye cada cosa y a cada persona lo que se le debe y a la vez, aniquila lo que no se debe. Por este motivo, la justicia se encargaba, no sólo de regular las relaciones entre los hombres, las clases y las comunidades, sino también las relaciones entre los hombres y la naturaleza y, en último término, las relaciones entre cada ser y el ser del universo. Toda “desmesura”, debe ser castigada y compensada por la justicia, tanto la desmesura de la tragedia como la de la individualidad.

Precedidos por los sofistas, Platón y Aristóteles se ocuparon, en cambio, sobre todo del problema de la naturaleza de la justicia, en particular en relación con la

constitución del Estado-Ciudad. Platón dedicó al análisis de dicho problema varios de sus diálogos.

Ya en el Gorgias se defiende la justicia como condición de la felicidad: el hombre injusto, arguye Sócrates contra el sofista Polo y el ciudadano Calicles, no puede ser feliz. El argumento en favor de la justicia es perfilado con todo detalle en La República. La noción común de la justicia, como restablecimiento por cualesquiera medios (inclusive de índole violenta) de una situación anterior desequilibrada por el exceso, no puede ser aceptada; se trata, en efecto, de una noción propia de los poetas y que ha sido expresada "oscuramente" por Simónides (Platón, 1975).

Tampoco puede aceptarse que la justicia consista en hacer el bien a los amigos y el mal a los enemigos. Si se lleva a sus últimas consecuencias, la interpretación meramente práctica de la justicia, se podrá desembocar en la concepción tan tajantemente expresada por Trasímaco: "La justicia es simplemente algo útil para servir a los propios intereses (sean los intereses individuales o los del Estado)" (Platón, 1975).

La justicia es algo que debe ser deseado por sí misma y no por sus resultados. Por eso hay que ser justo, inclusive si el practicar la justicia causa la infelicidad, inclusive si no hay dioses que puedan recompensar en otra vida los supuestos males causados por la práctica inflexible de la justicia. No es solamente una alta virtud, es la virtud esencial y suprema del Estado, que debe organizarse enteramente según ella: el Estado ideal es aquel, donde domina la justicia.

El Estado procura que la justicia, implantada a través de sus tribunales, llegue de forma expedita y cumplida. En su sentencia 2011-01270 de las quince horas

treinta y seis minutos del diecisiete de noviembre de dos mil once se puede apreciar que: "...De la tramitación dada al proceso se desprende que en este proceso efectivamente ha mediado una grave inercia en la tramitación. Tal inercia no es achacable en forma alguna a la parte demandante. Nótese que esta ha cumplido puntualmente con las audiencias conferidas por el Juzgado para alegato de conclusiones y con la presentación de las certificaciones solicitadas. Ha sido el Juzgado el que ha dejado pasar mucho tiempo sin emitir pronunciamiento sobre gestiones pendientes y decisiones que sólo a dicho tribunal corresponde emitir...", Queda claro que de manera horizontal, el aspecto estático del Derecho responde se forma directa a sus capacidades dinámicas, es decir, la norma nace de la valoración del valor supremo, en este caso la justicia, al positivismo del cuerpo normativo que la contiene, pero en la aplicación de la norma se observa el dinamismo común del Derecho, esto es el contenido de la norma.

La Sala Constitucional continúa en la sentencia citada: "...Estima el Tribunal que no podría perjudicarse más a las partes involucradas mediante la emisión de una deserción que lo único que produciría serían mayores gastos para la demandante y para la Administración de Justicia si se tuviera que iniciar de nuevo el trámite...", de tal párrafo se extrae que el Derecho ha creado figuras para asegurar, que valores como la justicia se encuentren entre las pretensiones que esta ciencia defiende, desde su doctrina.

Continuando con el orden de ideas expuestas en el punto anterior, lo dicho por la Sala configura el primer aspecto del dinamismo del Derecho, figuras como la deserción son producto directo de la aplicación del Derecho (pragmatismo), y su uso agiliza lo concatenado a un proceso judicial.

Como corolario de lo anterior se puede citar lo siguiente: "...El objetivo del instituto de la deserción es ofrecer seguridad jurídica a la parte demandada, garantizándole que el proceso no va a quedar pendiente sin emisión de la decisión final de forma indefinida. Ciertamente, la duración de este proceso ha sido desproporcionada, afectando sin duda los intereses de la parte demandada, pero más aún los de la parte demandante en espera de una solución a las pretensiones expuestas en la demanda incoada desde el año 2002 (folio 73), es decir, desde hace 12 años..." (Sentencia 2011-01270 de las quince horas treinta y seis minutos del diecisiete de noviembre de dos mil once).

CAPÍTULO QUINTO:
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La palabra *episteme* se empleaba por los griegos con un sentido amplísimo, hoy desconocido, equivalente al saber crítico o fundamentado, opuesto al saber vulgar o ingenuo, es decir, el saber acrítico o sin fundamentar; abarcaba, pues, todo lo que actualmente se llama ciencias particulares y filosofía. Platón contraponía *doxa* (saber vulgar, opinión, conocimiento obtenido sin reflexión y rigor) a *episteme* (saber elaborado mediante la reflexión y obtenido con rigor mediante el análisis crítico de sus fundamentos). El pensamiento moderno experimentó un proceso en virtud del cual, en un primer momento, se dividió la *episteme* entre las ciencias particulares (derecho, física, biología, matemática, etc.) y la filosofía, reconociendo en ambas el carácter de saber fundamentado críticamente y en un segundo momento, el desarrollo espectacular del primer sector de la *episteme* y el retraso del saber filosófico, hicieron que se reservara a las ciencias particulares aquel carácter y se estimara que sólo ellas integraban el campo de la *episteme*, cuestionándose el valor del conocimiento filosófico. En ese momento de la dialéctica del pensamiento moderno, era natural que la palabra *episteme* fuera traducida simplemente como ciencia, entendiendo que el conocimiento de las ciencias particulares agotaba el campo del saber fundamentado (seguro), mientras la filosofía era considerada como integrante de ese campo, solo en cuanto se la interpretara como filosofía de las ciencias, o a fin de eludir las implicaciones del vocablo filosofía, en cuanto se la interpretara como teoría de las ciencias.

En este caso en particular, la ciencia del Derecho basa el pensamiento analítico en la *episteme*, surgida por la naturaleza humana y su necesidad de solventar la carencia cultural, esto es, la esencia gregaria contenida en la propia psiquis. Pero tratar de reglar el comportamiento del hombre en sociedad, atiende

lo más profundo del instinto natural; aquí radica el movimiento del ánimo. Aristóteles definió: “Hay dos características especiales que diferencian el alma, a saber: el movimiento en el espacio y el pensar, juzgar y percibir. El pensar, tanto el especulativo como el práctico, se consideran ambos como una forma de percepción, pues en ambos casos el alma juzga y tiene conocimiento de algo que existe” (Aristóteles, Sobre el alma (Perí psiqués). Editorial estudiantil, Federación de Estudiantes de la UCR, 1982. Pág.: 63). De tal manera, “juzgar” representa un juicio de valor y por tanto, tipifica un comportamiento, una situación hipotética mediante ley.

La ley representa la expresión conceptual de las relaciones establecidas entre los fenómenos sociales. Esta expresión puede referirse a una relación objetiva, establecida sólo por el conocimiento, como ocurre en el caso de la ley causal o ley natural.

En su acepción moral, ley es, en cambio, la norma que establece, frente a cierta circunstancia, determinado comportamiento ético.

La epistemología contemporánea discute actualmente los siguientes problemas en torno a la función de las leyes:

a) Si las leyes causales implican un criterio de necesidad en la relación gnoseológica o si sólo expresan un coeficiente de probabilidades, cuyo valor depende de los hechos.

b) Si las leyes normativas constituyen instrumentos del conocimiento, sobre los objetos que ellas regulan, o si son simples estructuras lógicas expresivas, de una técnica del obrar o del pensar.

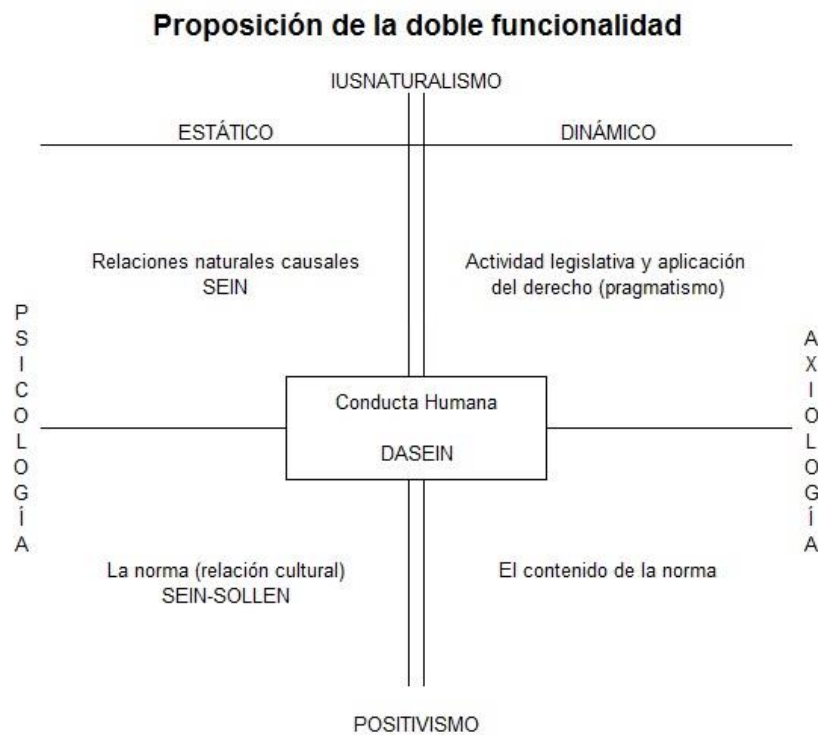
La palabra, ley designa toda norma jurídica establecida, en forma deliberada y consciente. Comprende, en consecuencia, no sólo la ley en sentido estricto, sino también las normas constitucionales, las emanadas del poder administrador, las ordenanzas y disposiciones municipales, las normas jurisprudenciales e incluso las sentencias aisladas. En una palabra: ley significa con esta extensión todo lo que es Derecho escrito, por oposición a Derecho consuetudinario.

Sin embargo, el vocablo designa igualmente, aquella norma elaborada a partir de la función legislativa. Implica, por tanto, de la misma manera un concepto contingente, toda vez que es menester remitirse al contenido de cada derecho interno, para establecer cuál es el órgano estatal con potestad legislativa.

La moderna teoría general del Derecho considera la ley, desde un doble punto de vista: formal y material.

Puede decirse, que desde comienzos del siglo XX se opera el derrumbe de esta concepción del racionalismo individualista y preconiza su absoluto divorcio con la realidad, que cada vez más, muestra la índole social del hombre.

Se pueden establecer, cuadros itinerantes de las dimensiones del estudio del Derecho, como este:



Se trata de hacer comprender y facilitar el estudio de la ciencia jurídica, en torno a la elaboración de leyes. Asimismo, se hace hincapié en la manera errónea que se piensa, al separar dimensionalmente el Derecho, en lo estático del pensamiento y el dinamismo contenido a la hora de llevar a cabo la legislatura.

Se trata de mostrar una vía posible, entre la psicología y la axiología, enfatizando el sein y sein-sollen como el modo único de legislar, y este como pragmatismo para extraer del Iusnaturalismo, lo verdaderamente aplicable en la ciencia del Derecho y colocarlo en el derecho positivo, reglando, de manera hipotética, la diversidad del actuar humano.

No se debe dejar de lado la docencia en materia jurídica, ya que el catedrático transmite al estudiante, las formas en que el Derecho es aplicable y como herramienta de interpretación, que se abre a un mundo de conocimiento, y

entenderlo de manera concisa le otorga una fuente inagotable de posibilidades, para estudiar los pilares filosóficos de la materia jurídica.

BIBLIOGRAFÍA CITADA Y CONSULTADA

En el presente capítulo se hace referencia a la bibliografía y material de apoyo que se utilizó, para dar sustento al tratamiento de ideas y el análisis de las distintas posturas, tomadas a lo largo de la historia en el intenso camino de establecer una filosofía, de la cual se nutra la ciencia jurídica.

Con la bibliografía que se cita a continuación, se ha tratado de lograr que las ideas aquí expuestas obtuvieran su respaldo en teorías cuya injerencia ha trascendido el paso de los años y se mantenga vivo el estudio del Derecho. A manera, quizá, de un tratado escolástico, se ha buscado la utilización de los distintos puntos de vista que se exponen en estos tomos. Dicho material fue tomado de:

6.1. EN LIBROS

- Aquino, T. (1993). *Suma de Teología*. Madrid, España: Biblioteca de autores cristianos, (Obra completa).
- Álvarez Venegas, R.; Paredes Hernández, L. y Arteaga Pérez, J.; (2015) *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación en posgrado*. Primera edición. México: Universidad Internacional.
- American Psychological Association. (2009). *Publication manual of the American Psychological Association*. (6 th. Ed.) Washington, DC: American Psychological Association. Recuperado de: <http://www.apa.org/about/index.aspx>
- Arendt, H. (2017). *Sobre la revolución*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Arendt, H. (2018). *¿Qué es la política?* Barcelona, España: Paidós (Espasa Libros)
- Ballesteros, J. (1994) *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía del Derecho* (Segunda Edición). Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Barrantes, R. (2014). *Investigación: un camino al conocimiento: enfoque cuantitativo y cualitativo*. 2º reimp. San José: EUNED.
- Bernal, C. (2010). *Metodología de la investigación*. Colombia: Pearson Educación.
- Berkeley, G. (2007) *Principios del conocimiento humano*. psikolibro.blogspot.no. Recuperado de: <http://psikolibro.blogspot.no/2007/11/george-berkeley-principios-del.html>
- Bobbio, N. (1958) *El existencialismo* (Trad.: Lore Terracini). México D.F. México: Fondo de Cultura Económica.

- Freund, M. (2007) *Lógica Jurídica*. San José, Costa Rica: Editorial Tecnológica de Costa Rica.
- Frondizi, R. (1972) *¿Qué son los valores? Introducción a la axiología*. México D.F., México: Fondo de cultura económica.
- García Morente, M. (1980) *Lecciones preliminares de filosofía*. México D.F., México: Editorial Porrúa, S.A.
- Gilson, É. (1951) *El ser y la esencia*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Emecé.
- González Vallejo, L.; Chinchilla Jiménez, A.; Guerra Vargas, G. y Jara Ocampo, A.; (2018). *Guía cuantitativa para trabajos finales de graduación, tesinas y tesis en ciencias sociales*. Segunda edición. San José. Recuperado de:
<https://sites.google.com/site/fimetododelainvestigacion/trabajos-de-investigacion>
- Haba Müller, E. (2010) *Los juicios de valor*. Elementos básicos de Axiología General. Segunda edición. San José, CR: editorial UCR.
- Hernández Sampieri, R.; Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la investigación*. México D.F., México: McGraw Hill.
- Heidegger, M. (2015). *Ontología, Hermenéutica de la Facticidad*. Madrid, España: Alianza Editorial, S.A.
- Hume, D. (2015) *Investigación sobre el conocimiento humano*. Madrid, España: Alianza Editorial, S.A.
- Husserl, E. (2006) *Investigaciones Lógicas, 1* (versión de Manuel G. Morente y José Gaos). Madrid, España: Alianza Editorial, S.A.

- Husserl, E. (1962) *Lógica formal y lógica trascendental* (Ensayo de una crítica a la Razón lógica). México D.F., México: Centro de estudios filosóficos.
- Iniciados, T. (2011). *El Kybalión*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Kier.
- Jaspers, K. (1998). *El problema de la culpa*. Barcelona, España: Ediciones Paidós (Espasa libros)
- Kant, I. (2004) *Crítica de la razón pura*. www.ebiblioteca.org. Recuperado de: <http://ebiblioteca.org/?/ver/3504>.
- Kant, I. (2006). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Kelsen, H. (2009) *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires (Eudeba).
- Kierkegaard, S. (2016) *El concepto de la angustia*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Maritain, J. (1982) *Breve tratado acerca de la existencia y de lo existente*. Buenos Aires, Argentina: Club de lectores.
- Marx, K. (2014) *El capital: Vol. I, I Y III*. Libro digital. Recuperado de: <https://kmarx.files.wordpress.com/2010/08/marx-karl-el-capital-3-tomos.pdf>
- Maquiavelo, N. (2012) *El Príncipe*. www.ebiblioteca.org. Recuperado de: <http://ebiblioteca.org/?/ver/73966>.
- Nietzsche, F. (1965) *Así habló Zaratustra*. Madrid, España: Biblioteca E.D.A.F.
- Leibnitz, G. W. (1889) *La Monadología*. Madrid, España: Biblioteca Económica Filosófica.

- Locke, J. (2005) *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Madrid, España: Fondo de Cultura Económica de España.
- Pessoa, F. (2013). Libro del desasosiego. Barcelona, España: Acantilado.
- Platón. (1975) *Diálogos*. Garibay K., Ángel M. (Trad.). Larroyo, Francisco (estudio preliminar). México D.F., México: Editorial Porrúa, S.A.
- Radbruch, G. (1962) *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*. María Isabel Azareto de Vázquez (Trad.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Rousseau, J. (2002). *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*. Libro digital. Recuperado de: <https://www.marxists.org/espanol/rousseau/disc.pdf>
- Russell, B. (2018). *Los problemas de la filosofía*. Libro digital. Recuperado de:
- Shakespeare, W. (1997) *Hamlet*. Bogotá, Colombia: Editorial Géminis LTDA.
- Sófocles. (1978) *Las siete tragedias*. México D.F., México: Editorial Porrúa, S.A.
- Swedenborg, E. (2017). *Del Cielo y del Infierno (El Cielo y sus maravillas y el Infierno de cosas oídas y vistas)*. España: Biblock Book Export, S. L.
- Tylor, E. (1976) *Cultura primitiva*. Madrid, España: Editorial Ayuso.

6.2. EN TESIS

- Bartolotti Henríquez, L. (2011). *Relaciones de justicia y seguridad jurídica en la filosofía de Jorge Millas*. (Tesis inédita de licenciatura). Universidad Austral de Chile. Valdivia, Chile.
- Calderón Astete, R. (2013). *Pensar otro derecho. Para una nueva poética jurídica*. (Tesis inédita doctoral). Universidad de Olavide. Universidad Internacional de Andalucía. Sevilla, España.
- Díaz Marín, M. (2013). *La reproducción fiel de las leyes publicadas por el Estado de Guatemala en el Diario Oficial y la necesidad de regular la ediciones realizadas por personas individuales o jurídicas en observancia de la seguridad jurídica*. (Tesis inédita de licenciatura). Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, Guatemala.
- Fernández Barrantes, A. y Paniagua Sánchez, C. (2016). *Implicaciones sociojurídicas en la construcción de vivienda temporal en Costa Rica*. (Tesis inédita de licenciatura). Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.
- Murillo Arias, I. (2015). *La necesidad del estudio de los Principios Deontológicos en la enseñanza del derecho y su aplicación en el ejercicio profesional*. (Tesis inédita de licenciatura). Universidad de Costa Rica. Liberia, Guanacaste.

6.3. EN REVISTAS

- González Pérez, M. (2014) *Somos lo que pensamos*. Revista vida saludable, Hospital La Católica. Edición mayo y junio.
- Madrigal Cuadra, R. (1981) *Axiología y futuro (Problemática general para un estudio de la Axiología Jurídica)*. Revista de Ciencias Jurídicas. Núm. 44.
- Ortega y Gasset, J. (1924). *¿Qué son los valores? Una introducción a la Estimativa*. Obras completas, Revista de Occidente Núm. 4. Vol. VI.

6.4. EN LEYES

- *Constitución Política de la República de Costa Rica*. San José, Costa Rica: Grupo Editorial Antares del Este, 2003.

6.5. EN JURISPRUDENCIA

- *Sentencia 2011-005807* de las dieciséis horas y catorce minutos del diez de mayo del dos mil once de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.
- *Sentencia 2011-01270* de las quince horas treinta y seis minutos del diecisiete de noviembre de dos mil once de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.
- *Sentencia 2007-00572* de las diez horas cuarenta y cinco minutos del veinticinco de mayo del dos mil siete del Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José.

GLOSARIO

Términos y etimología aplicable al presente estudio:

- **Animismo:** alma de los fenómenos.
- **Asunto:** práctica, teoría.
- **Axiología:** rama ubicable en la teoría de los valores y juicios de valor; es estimable en la teorización social, ya que abarca su aplicabilidad desde la psicología hasta la teoría del deber.
- **Dasein:** término y eje central de la filosofía de Martin Heidegger. Este concepto presenta dos vertientes; la primera en sustantivo al traducirse como “existir” y la segunda como verbo por “estar ahí”.
- **Derecho Natural:** postula los derechos humanos a partir de la naturaleza humana. Doctrina ética y jurídica.
- **Dialéctica:** corresponde al argumento de una idea, corresponde al apriorismo de la mayéutica.
- **Dianoética:** Virtudes propias de la parte intelectual.
- **Dogma:** principio innegable.
- **Empirismo:** experiencia que da conocimiento.
- **Escuela:** doctrina dada mediante una corriente filosófica.
- **Estimativa:** según Ortega y Gasset, puede tomarse como axiología.

- **Estructura:** la compleción y aplicación del término conduce a la dicotomía de sus componentes metafísicos y la compenetración funcional de esta en la valorización.
- **Ética:** concepto que carece de legalidad propia en su contexto espiritual. Los valores morales son insuficientes para definir la ética dentro de una deontología práctica, debe sustentarse en lo natural.
- **Eudemonismo:** justificación de toda felicidad alcanzable.
- **Exegética:** interpretar objetivamente.
- **Idea:** apriorismo en el acto del conocimiento. Es puro.
- **Juicio de valor:** acápite final del conjunto de factores que determinan el comportamiento del hombre en la sociedad.
- **Metaética:** perteneciente a la ética y su campo de estudio, es la moral en el dominio de la metafísica.
- **Moral:** obrar humano mediante su función con respecto al bien y el mal.
- **Óntico:** según Heidegger se refiere al ser de los entes.
- **Praxis:** práctica.
- **Sein:** ser
- **Sein-sollen:** deber ser.
- **Utilitarismo:** anteponer la utilidad a cualquier otra cualidad.
- **Valor:** substanciación de algo; dicta la utilidad y aptitud de algo mediante la axiología.

ANEXOS

Anexo número uno:

Cuadro 1.

Anexo número dos:

Mapa conceptual

Anexo número tres

Matriz de gestión

Anexo número cuatro

Cuadro 2.

Anexo número cinco

Borrador del instrumento

Anexo número seis

Hoja de aprobación del tema

Anexo número siete

Rúbrica del seminario

Anexo Número ocho

Portada de aprobación del anteproyecto

LUIS ROBERTO RAMIREZ MESEN
TELÉFONO: 89 91 91 17

San José, 11 de enero de 2019

Licenciado
Piero Vignoli Chessler
Director Carrera de Derecho
Universidad Hispanoamericana
Presente.

Estimado Señor Director:

En este acto, hago constar que procedí con la lectura del trabajo final de graduación modalidad tesis denominado ***“Axiología Jurídica: Legislar Mediante La Valoración del Bien y Aplicabilidad Del Derecho”***.

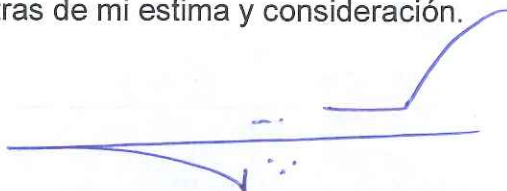
El trabajo de cita, requisito para obtener la Licenciatura en Derecho es sustentado por el estudiante Rahudy José Rodríguez Soto.

El mismo, a nuestro parecer, cumple con los requisitos de forma y fondo exigidos por la universidad para este tipo de trabajos.

Manifiesto también mi sincera felicitación al estudiante Rodríguez Soto por la calidad de su trabajo y el esfuerzo por desarrollar un tema de alta complejidad intelectual y de impacto en la Filosofía del Derecho.

Mi reconocimiento también al Lic. Walter Muñoz Tuck por su valioso acompañamiento y asesoría en el trabajo de marras.

Sin otro particular, me es grado suscribirme de usted con la manifestación de las más altas muestras de mi estima y consideración.



Luis Roberto Ramírez Mesén
Cédula de Identidad 1 699 473
Carnet N° 14195

San José, 13 de diciembre, 2018

Señorita

Departamento de Registro
Universidad Hispanoamericana
Sede Heredia

Asunto: Carta de aprobación de proyecto de tesis.

Estimada señorita:

El estudiante Rahudy J. Rodríguez Soto, cédula de identidad 0113130802 me ha presentado, para efectos de revisión y aprobación, el trabajo de investigación denominado: AXIOLOGÍA JURÍDICA: LEGISLAR MEDIANTE LA VALORACIÓN DEL BIEN Y APLICABILIDAD DEL DERECHO, el cual ha elaborado para optar por el grado de Licenciatura en Derecho.

He revisado y he hecho las observaciones relativas al contenido analizado, particularmente, lo relativo a la coherencia entre el marco teórico y el análisis de datos; la consistencia de los datos recopilados y la coherencia entre estos y las conclusiones; asimismo, la aplicabilidad y originalidad de las recomendaciones, en términos de aporte de la investigación. He verificado que se han hecho las modificaciones correspondientes a las observaciones indicadas.

Por consiguiente, este trabajo cuenta con mi aval para ser presentado en la defensa pública posterior a la revisión del Filólogo establecida

Atentamente,



Nombre del profesor Lic. Walter Muñoz Tuk.

Cédula 1-558-420.

Carné del Colegio 4570.

San José, 30 de enero de 2019

Señores

Universidad Hispanoamericana

Facultad de Derecho

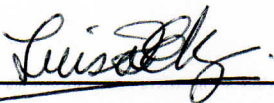
S.O.

Estimados señores:

He leído y corregido el trabajo final de graduación denominado: **“AXIOLOGÍA JURÍDICA: LEGISLAR MEDIANTE LA VALORACIÓN DEL BIEN Y APLICABILIDAD DEL DERECHO”** elaborado por el estudiante: Rahudy J. Rodríguez Soto, para optar por el grado de Licenciatura en Derecho.

Corregí en el trabajo aspectos como estructura de párrafos, vicios del lenguaje que se trasladan al escrito, ortografía, puntuación y otros relacionados con el campo filológico y desde ese punto de vista, considero que está listo para ser presentado como Trabajo Final de Graduación, ya que cumple con los requisitos en cuanto al correcto empleo del idioma.

Atentamente,



Licda. Luisa Hernández Hernández

Céd. n.º 7-0038-0373

Carné Colypro n.º 6027

Filóloga

