



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**  
**POSGRADO EN DERECHO**  
**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES**  
**“ACATLÁN”**

Título

**“INTERPRETACIÓN JURÍDICA**

**Y**

**HERMENÉUTICA FILOSÓFICA”**

“Aplicación de un modelo hermenéutico”

TESIS

Que para optar por el grado de:

Maestro en Derecho

Presenta

**ISRAEL PARRA VILLA**

Tutor

**DR. ARTURO BERUMEN CAMPOS**

**FACULTAD DE DERECHO**

México, Distrito Federal, octubre de 2013.



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



# CONTENIDO

## Introducción

<b>I. Orígenes de la Interpretación Jurídica</b>	<b>Pág.</b>
1.1. Generalidades.....	15
1.2. La Interpretación.....	16
1.3. La Antigüedad.....	18
1.4. La Jurisprudencia Romana.....	20
1.5. La <i>Interpretatio</i> . ....	24
1.6. Los Glosadores.....	27
1.7. El <i>Mos Italicus</i> .....	32
1.8. Consideraciones Finales.....	36
<b>II. Escuelas de Interpretación Jurídica</b>	
2.1. Generalidades.....	41
2.2. La Exégesis Francesa.....	42
2.3. La Histórico Alemana .....	51
2.4. La Pandectística Alemana .....	58
2.5. La Jurisprudencia Dogmática.....	61
2.6. La Jurisprudencia de Conceptos.....	63
2.7. La Jurisprudencia de Intereses.....	67
2.8. La Escuela Científica Francesa.....	71
2.9. La Escuela del Derecho Libre .....	74
2.10. Consideraciones Finales.....	78

### **III. La Hermenéutica Filosófica**

3.1. Generalidades.....	85
3.2. La Hermenéutica de Schleiermacher.....	88
3.3. La Hermenéutica de Dilthey.....	93
3.4. La Hermenéutica de Heidegger.....	100
3.5. La Hermenéutica de Gadamer.....	105
3.6. La Hermenéutica de Ricoeur.....	118
3.6.1. Teoría del Texto.....	121
3.6.2. Teoría de la Acción. ....	122
3.6.3. Teoría de la Historia.....	123
3.7. Consideraciones Finales.....	125

### **IV. La Integridad en el Derecho**

4.1. Generalidades.....	131
4.2. La Interpretación.....	133
4.3. La Integridad en el Derecho.....	136
4.4. Juzgar con Integridad.....	139
4.5. La Novela en Cadena.....	142
4.6. Algunas Objeciones.....	145
4.7. Consideraciones Finales.....	146

### **V. Aplicación del Modelo Hermenéutico**

5.1. Generalidades.....	151
5.2. Derecho Positivo vs. Principios.....	151
5.3. Reglas vs. Principios.....	156
5.3.1. Escuela Exegética.....	158
5.3.2. Escuela Histórica.....	158
5.3.3. Jurisprudencia Dogmática.....	159

5.3.4. Jurisprudencia de Conceptos.....	160
5.3.5. Escuela del Derecho Libre.....	160
5.3.6. Escuela Científica Francesa.....	161
5.3.7. Jurisprudencia de Intereses.....	163
5.3.8. Integridad.....	164
5.4.Principios vs. Principios.....	167
5.5.Derecho Positivo vs. Derecho Positivo.....	172
5.5.1. Gadamer.....	176
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>181</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA Y OBRAS DE REFERENCIA.....</b>	<b>195</b>



## INTRODUCCIÓN

Las corrientes filosóficas contemporáneas han llegado a poner de relieve la distinción que existe entre Moral y Derecho; esta situación causa preocupación, porque ha generado un exacerbado formalismo filosófico que ha dado como resultado la separación teórica entre lo moral y lo jurídico.

En principio, existen notables diferencias entre Moral y Derecho, por ejemplo, la libertad de elección de cumplir lo moral, frente a la coercitividad del derecho; la moral nos persigue hasta la intimidad del pensamiento, mientras que el derecho sólo nos exige el mínimo comportamiento necesario para la convivencia social.

En fin, sobran teorías que dan cuenta de esta diferencia, empero, de ello no se ocupará esta investigación; en realidad, la hipótesis que la orienta versa sobre la viabilidad de que en la aplicación práctica de la ciencia jurídica puedan intervenir tanto las normas de derecho positivo, como los principios de moralidad social que se encuentran en la base del ordenamiento jurídico; para tal efecto, el presente trabajo se apoya en la tesis de la Integridad en el Derecho de Ronald Dworkin.

Moral y Derecho, desde una óptica muy particular, tienen el mismo referente: Valores. Esta palabra se puede conceptualizar como aquello que vale para una sociedad determinada o como aquéllos principios morales que una comunidad reconoce y adopta para hacer armónica su convivencia; de ahí que como consecuencia de ello, el Estado legitime esos valores y les atribuya coercitividad para que sean respetados.

Así podemos decir, por ejemplo, que el Código Penal es una escala de valores que sirve para graduar la valía de cada bien jurídico que tutela; en esta tabla de valores, la vida posee un valor supremo, aún por encima de otros bienes,

al igual que el derecho a la libertad de las personas que también posee prevalencia sobre otros valores, y así sucesivamente, cada bien jurídico tutelado goza de cierto valor.

Claro que estos valores han tenido su origen en los principios morales que cada sociedad va reconociendo como suyos con el paso del tiempo y con su evolución, para finalmente incorporarlos en su sistema jurídico.

El sentido o la esencia de algo está en otro algo; la esencia del hombre, se encuentra en la mujer y viceversa; la esencia del alumno está en el maestro y a su vez la del maestro está en el alumno; en el caso del derecho, su esencia está en la moral, y la esencia de la moral, está en el derecho, pues la moral es la que le da sentido al derecho, pero también el derecho le da sentido a la moral, pues sin el derecho la moral es sólo una utopía.<sup>1</sup>

Con base en esta introducción podemos resumir que la idea inicial de una separación teórica entre la Moral y el Derecho, es inapropiada, pues como se ha dicho, la Moral es la esencia del Derecho; éste no hace más que reconocer y garantizar el ejercicio de esas virtudes morales del ser en la sociedad.

Ahora bien, las diferencias teóricas entre el Derecho y la Moral no sólo se han quedado en un plano filosófico, sino que han trascendido hasta la pragmática jurídica, ya que en la aplicación de la norma, específicamente en la interpretación del derecho, podemos percatarnos que por encima de los principios morales inspirados en los ideales de justicia, equidad, debido proceso, igualdad, etc., reina la literalidad de la ley.

Esto ha llevado a aceptar en la praxis judicial el dicho: “*somos jueces de derecho, no de justicia*”, que viene a simbolizar esa observancia irrestricta que realizan los jueces mexicanos de la norma escrita, con lo cual se pone en

---

<sup>1</sup> BERUMEN CAMPOS, Arturo. *Apuntes de filosofía del derecho*. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2003, pp. XIII-

evidencia la crisis actual que se vive en el sistema de administración de justicia, derivado del enfrentamiento filosófico entre la dicotomía Moral-Derecho.

Prueba de esa crisis la vemos cuando un juez se abstiene de resolver un asunto escudándose en subterfugios procesales irrelevantes, o bien, emite algún fallo que, aunque se encuentra apegado a la literalidad de la ley, constituye una franca violación a los principios de justicia, equidad, igualdad y debido proceso.

Sobre el tenor, cabe plantearse la siguiente interrogante: ¿qué es mejor, un buen juez o unas buenas leyes? Aunque la respuesta parece obvia, pues es indudable que el buen juez, aún con leyes injustas siempre buscará impartir justicia, en tanto que el mal juzgador, a pesar de contar con una juridificación cuasi-perfecta tenderá a cometer injusticias<sup>2</sup>; sin embargo, en la práctica, el exacerbado formalismo jurídico derivado de la corriente positivista, impide ubicarse dentro de la categoría del buen juez, debido a las limitantes de corte teórico fundadas en la dicotomía Moral-Derecho, que obstaculizan erigirse sobre la base de esa categoría de buen juez; por ello, se considera necesario buscar un modelo hermenéutico plausible en la aplicación de la norma que permita al juzgador ubicarse dentro del concepto del buen juez.

Me interesa enfatizar que no es mi intención desdeñar la juridificación escrita sin mayor justificación, porque bien sé que ello, lejos de crear certeza, generaría una absoluta anarquía judicial como la que se vivió en las épocas que precedieron al Código de Napoleón, donde las normas eran maleables de acuerdo a los fines del soberano, violando en la mayoría de los casos los derechos más elementales del ser humano; tampoco es mi intención con esta investigación, lograr una conciliación teórica entre la Moral y el Derecho, pues ello constituiría un proyecto muy ambicioso, y por tanto, demasiado lejano para poder arribar a él.

---

<sup>2</sup> REYNOSO DÁVILA, Roberto. *La Misión del Juez ante la Ley Injusta*. Ed. Porrúa, México, 1999, pág. 17.

Mi único afán es mostrar que la moral social juega un papel trascendental en la aplicación de la norma, al menos en el sistema jurídico contemporáneo de occidente, y que por ende, no debe existir una tajante oposición entre lo moral y lo jurídico, sino por el contrario, debe imperar una relación de complementariedad entre ambos.

Por consecuencia, uno de los aspectos centrales de esta investigación consiste en mostrar al lector que al momento de interpretar el derecho escrito intervienen, no sólo las operaciones mentales derivadas del raciocinio, llámense silogismos, deducciones, presunciones, etcétera, sino también los valores que integran el núcleo axiológico social de cada comunidad.

Visto así, el objetivo general de esta tesis estriba en superar la barrera teórica que existe entre Moral y Derecho derivada de la corriente positivista, y así, dar paso a una nueva forma de concebir la actividad jurisdiccional, esto, mediante la tesis de la integridad en el derecho.

Para la consecución del objetivo general, es necesario plantear cuatro objetivos específicos que se adoptan como guías de acción y que se desarrollan en los cinco capítulos que integran esta tesis, tales objetivos consisten en:

- Contextualizar el origen y la evolución de la interpretación jurídica, desde la época romana antigua, hasta las diversas corrientes interpretativas surgidas en el siglo XIX y XX, de lo cual resulta de suma trascendencia la escuela exegética francesa debido a que en ella se encuentra el fundamento epistemológico de la tesis positivista occidental de finales del siglo XVIII, fundada en la aplicación de un razonamiento silogístico de la norma, y que a final de cuentas fue la que mantuvo sometida la labor judicial al método de las ciencias duras y de la lógica formal, con lo que redujo su campo cognoscitivo a una actividad meramente mecánica.

- Establecer un marco teórico a través de diversos autores que nos permita identificar las características propias que posee la ciencia hermenéutica, para con ello, desvanecer el postulado positivista reconocido por la exégesis francesa de concebir a la actividad jurisdiccional como algo meramente mecánico.
- Exponer las peculiaridades de la tesis de la integridad en el derecho de Dworkin, y con base en ello, lograr sustentar la viabilidad del modelo hermenéutico propuesto basado en la aplicación de principios, como complemento de la juridificación escrita.
- Comprobar la eficacia del modelo hermenéutico propuesto, a través de un test de plausibilidad sobre determinados casos concretos.

Sólo me resta decir que este proyecto de investigación no aspira a formar parte de las tantas teorías idealistas que existen en el universo jurídico y que resultan incapaces de dar cuenta de los factores realmente involucrados al momento de la aplicación del derecho.

Tampoco soy devoto de la creencia cartesiana de que sólo mediante la observancia del método, es posible obtener conocimiento, pues como lo veremos en líneas posteriores, el derecho no constituye una ciencia dura, ni explicativa, sino una ciencia humana, que por tal motivo debe tratarse conforme a esas relaciones valorativas que imbrican al ser, tal como se expone en el capítulo de la hermenéutica filosófica.

Mucho menos es mi intención incurrir en utopías al pensar que nuestra sociedad se puede regir únicamente conforme a los principios de moralidad social reconocidos en la comunidad, pues el sistema mexicano de impartición de justicia adolece de diversos vicios, por lo que de atenernos sólo a la observancia de

valores, podría generar una absoluta anarquía judicial, donde los juzgadores utilizando ese criterio subjetivo de interpretación de la norma, emitieran toda una serie de sentencias injustas, en aras de beneficiar al gobierno en turno o a cierto sector social.

En realidad, mi único afán es proponer un modelo hermenéutico extraído de la pragmática jurídica, debidamente comprobada su eficacia con un test de plausibilidad, pues como se percibe en la realidad, el positivismo jurídico que pugna por la aplicación exegética de la ley acarrea en muchos de los casos sentencias injustas, y en otros, sentencias rebasadas por el dinamismo social que se contrapone al marco normativo vigente, lo que impide crear un mínimo de seguridad jurídica en los gobernados.

Por tal motivo, considero que la tesis de Dworkin, puede constituir una teoría hermenéutica plausible, para colmar las deficiencias metodológicas y epistemológicas de las que adolece el positivismo jurídico contemporáneo, lo cual, redundaría de manera benéfica en la solución de los conflictos que día a día se viven en nuestra sociedad.

**CAPÍTULO I**  
**ORÍGENES DE LA INTERPRETACIÓN**  
**JURÍDICA**



## 1.1. Generalidades.

*“Ellos le dijeron: hemos tenido un sueño, y no hay quien lo interprete. Entonces, les dijo José: ¿no son de dios las interpretaciones?, Contádmelo ahora.”*  
Génesis 40.8.

En la antigüedad se consideraba que la actividad interpretativa tanto de los sueños, como de los fenómenos de la naturaleza, la podían llevar a cabo solamente personas a las que la divinidad les discernía tal facultad, pues no todos poseían el don de la interpretación.

En el pasaje bíblico anterior se puede corroborar precisamente esta afirmación, pues José, al momento de inquirir al copero y al panadero del Rey de Egipto para que le cuenten su sueño, está denotando es que es él quien puede interpretar dicho sueño, dado que las interpretaciones son de dios y dios ha dotado a José de tal facultad divina.

Este pasaje bíblico es un ejemplo de la forma en que se condujo la interpretación durante siglos, conceptualizándola como una actividad propia de los seres vinculados con la deidad; sin embargo, dicha actividad interpretativa ha dejado de ser privativa del ámbito religioso, por tratarse de una facultad inherente a los seres humanos dotados de razón, la cual se realiza en todo momento de manera inmediata, aún sin percatarnos de ello.

En la actualidad, dicha actividad interpretativa no sólo concierne a determinadas personas, en sí, todo ser que posea capacidad intelectual de juicio, puede realizarla; su objeto de estudio, cualquier acto humano o de la naturaleza, desde el llanto de un bebé que la madre puede interpretar como una necesidad fisiológica de éste, hasta el relampagueo en el cielo, que los meteorólogos interpretan como el acercamiento de una tormenta; sin embargo, nos

ocuparemos en este caso de la interpretación en el ámbito de lo jurídico, específicamente, de la que es realizada por los órganos del estado.

La jurisprudencia, entendida como ciencia del derecho, posee una cualidad muy peculiar, es la relativa a sus efectos vinculatorios; la interpretación en esta rama cobra especial relevancia cuando es llevada a cabo por los tribunales, en tanto que lo decidido por éstos incide de manera directa en la sociedad y la vincula; tal decisión se funda en una serie de apreciaciones objetivas y subjetivas que el juzgador interpreta desde su propio horizonte y con las que sustenta su fallo.

Empero, así como en las ciencias biológicas y de la salud, el médico, interpretando los signos vitales de una persona puede establecer la consecuencia que probablemente va a acontecer respecto del enfermo, por lo cual resulta importantísima una debida valoración e interpretación so pena de conducir a resultados catastróficos; en el derecho sucede lo mismo, una interpretación incorrecta de la juridificación o de las circunstancias especiales del caso, puede conducir a consecuencias negativas, socialmente hablando. De ahí la trascendencia que ha alcanzado esta actividad en la actualidad.

Por tal motivo, en el presente capítulo se delimitará el campo semántico del vocablo interpretación y sus antecedentes históricos –pueblos hebreo, griego y romano- que la guiaron hasta antes de la era del racionalismo del siglo XVIII.

## 1.2. La Interpretación.

El vocablo Interpretar, según el Diccionario<sup>3</sup> significa explicar o declarar el sentido de una cosa y principalmente el de textos faltos de claridad; proviene del latín *interpretatio, onis*, y esta a su vez del verbo *interpretor* que significa traducir, servir de intermediario, venir en ayuda de, y por extensión, explicar; el

---

<sup>3</sup> Diccionario de la Lengua Española, 21ª Ed., Edit. Espasa, Madrid, 1992, págs. 1181.

intermediario es quien pone en lenguaje accesible lo que se encuentra en un lenguaje desconocido.<sup>4</sup> El intérprete es pues una especie de mediador que comunica a los demás en lenguaje común el significado o sentido que se atribuye a ciertas cosas, signos o acontecimientos.

La materia de la interpretación es diversa, pueden interpretarse tanto actos y hechos humanos, como cualquier cosa que sea perceptible por los sentidos; no obstante, acotado a la ciencia del derecho, la materia de la interpretación se reduce al lenguaje y las prácticas jurídicas; en el primer caso, la función interpretativa consistirá en la aclaración o asignación de un significado o sentido a ciertos signos, términos o palabras, a fin de hacerlos corresponder con determinados objetos; en tanto que en el segundo, la labor se circunscribirá a atribuir un sentido o significado a esas conductas.

En este plano, ¿cuál será la tarea del mediador o intérprete?, su tarea será precisamente representarse los diferentes significados o sentidos posibles de un término, de una serie de palabras o de diversos y variados hechos<sup>5</sup>, y deducir el que resulte mayormente razonable. Por tanto, interpretar, en el marco jurisdiccional, significará decidirse por una interpretación de entre todo un abanico de interpretaciones posibles, siempre que la hagan aparecer como la más plausible.<sup>6</sup>

Existe otra connotación en ámbito jurídico del vocablo *Interpretación* acuñada por García Máynez<sup>7</sup>, Álvarez Ledezma<sup>8</sup> y Villoro Toranzo<sup>9</sup>, que indica que, interpretar, consiste en *desentrañar* el sentido de una expresión.

---

<sup>4</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho*, Edit. Themis, México, 1996, pp. 333-353.

<sup>5</sup> DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia, Traducción Claudia Ferrari*, Traducción Claudia Ferrari, Edit. Gedisa, Barcelona, 2005. Pág. 168.

<sup>6</sup> KARL, Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Edit. Ariel S.A., Barcelona 1994, pp. 192 y 193.

<sup>7</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Edit. Porrúa, México, 2002, pp. 325-326.

<sup>8</sup> ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., *Introducción al Derecho*, Edit. Mc Graw Hill, México 1997, pág. 277.

<sup>9</sup> VILLORO TORANZO, Miguel. *Introducción al Estudio del Derecho*. México, Edit. Porrúa, 2002. Pág. 253.

Sobre esta definición, es pertinente agregar que en la antigua Roma, a fin de determinar el éxito de ciertas actividades, fueran bélicas, comerciales, o bien, propias del imperio, los sacerdotes pedían un animal que, al ser herido por la espada y arrojadas sus entrañas al suelo, los arúspices<sup>10</sup> interpretaban de ellas la disposición favorable de los dioses para llevar a cabo dicha actividad<sup>11</sup>; en caso contrario, al sacrificio se repetía hasta que las vísceras sangrantes presentaran signos favorables. Es por ello que a la palabra *Interpretación* también se le concibe como sinónimo de *desentrañar*.

### 1.3. La Antigüedad.

La organización social primitiva tenía un carácter negativo; una serie de prohibiciones constituían el derecho de aquellos pueblos, su fundamento: la superstición. El temor a la fuerza de la naturaleza y de las leyes que la gobiernan era un aspecto fundamental para adoptar una actitud sumisa ante las personas que representaban a la deidad.<sup>12</sup>

Las leyes antiguas tenían una característica peculiar: carecían de considerandos, es decir, no tenían que dar sus razones, lo cual es plausible, si se parte de que, de acuerdo a las creencias de esas épocas, las leyes fueron hechas por los dioses, por lo tanto, eran perfectas y no había lugar a discutir las, ni modificarlas, sino sólo a obedecerlas.

De ahí que la actividad interpretativa quedara restringida y se convirtiera en una facultad exclusiva de las personas vinculadas con la divinidad, acotada por el único método conocido hasta entonces: la revelación.

Los hebreos consideraban que el Estado había sido establecido por ordenación divina; así, las leyes eran dadas por Jehová y tenían un carácter

---

<sup>10</sup> Arúspice. Sacerdote que en la antigua Roma examinaba las entrañas de las víctimas para hacer presagios. Fuente: Diccionario de la Lengua Española, Edit. Espasa, Madrid, 1992, pp. 205-206.

<sup>11</sup> ANTONIO NIÑO, José. *La Interpretación de las Leyes*. Edit. Porrúa, México 1971, pág. 106.

<sup>12</sup> Ob. Cit. pp. 89-94.

especial, eran permanentes, absolutas y obligatorias; sólo podían ser derogadas por Dios.<sup>13</sup> Por tanto, para cuestiones importantes de la vida cotidiana y de los hechos de la naturaleza, los hombres facultados por la deidad tenían que consultar a Jehová para que fuera él quien diera las respuestas, esto, mediante el método de la revelación divina. De esta guisa se interpretaban las disposiciones legales en el pueblo hebreo.

En la antigua Grecia, la concepción de la ley era similar a la de los hebreos; el Estado tenía una organización teocrática en la cual imperaban la tradición y las costumbres, y en donde la voluntad de los dioses, por medio del Rey, constituía la fuente suprema de autoridad; esta concepción divina del Estado, trajo como consecuencia que la religión y el derecho fueran algo indisoluble.

Con el paso del tiempo y el surgimiento de nuevas concepciones a cerca del universo, la teocracia se debilitó y dio lugar a una nueva forma de gobierno: la aristocracia; los griegos abandonaron la concepción de la voluntad divina como fuente de la ley, lo que originó que la religión y el derecho marcharan por separado; ya no se tuvo en cuenta entonces la voluntad de los dioses comunicada al monarca mediante la revelación divina, por el contrario, partiendo de la visión de que el universo era un producto de la razón, las fuerzas sociales y los fenómenos naturales también debían someterse a una interpretación adecuada, producto de la razón del hombre.

Por ende se estableció como premisa principal que las leyes fueron creadas por un orden natural, y en ese tenor, su aplicación e interpretación tenían que ser descubiertas por la razón humana.

---

<sup>13</sup> Ob. Cit. pág. 95.

De esta forma, la interpretación presentaba un carácter teleológico que tenía en cuenta como fin supremo las leyes de la naturaleza y conducir al hombre a los ideales supremos del bien común.<sup>14</sup>

De lo anterior se aprecia a primera vista cierta relación de semejanzas en cuanto a la creación e interpretación de la ley, puesto que ambos pueblos –hebreo y griego- sustentaron sus instituciones en la religión; empero, lo que marca la diferencia es la fuente de ésta, sus intérpretes y el método.

La fuente de la legislación hebrea fue Jehová, su órgano aplicador e interpretador, Moisés, y su método, la revelación; en tanto que para los griegos, una vez superado el régimen teocrático que era la fuente próxima y última de la ley y su interpretación, la aristocracia instituyó como origen de la norma, el orden pre-establecido en la naturaleza por el universo; su aplicador el Estado; y su método, el descubrimiento racional del hombre de las relaciones de éste con la naturaleza.

#### **1.4. La Jurisprudencia Romana.**

En Roma, al igual que en los pueblos hebreo y griego, la religión fue la base de la organización social, a ella estaba supeditado todo lo que se refería al sistema político de las poblaciones, encontrándose por tanto la religión y el derecho en una dependencia tan íntima que ambos podían considerarse como una sola institución.<sup>15</sup>

En el derecho primitivo romano, para que existiera un vínculo jurídico entre dos personas, era menester que entre ellos hubiese previamente una relación religiosa, es decir, que compartieran el mismo culto, pues en caso contrario, era imposible que pudiese establecerse un vínculo de derecho.<sup>16</sup> De ahí que en toda

---

<sup>14</sup> Ob. Cit. pp. 90-193.

<sup>15</sup> COULANGES DE, Fustel. *La Ciudad Antigua*. Edit. Porrúa, México, 2010, pág. 180.

<sup>16</sup> Ob. Cit. pág. 187.

actividad social y política la religión fuera el instrumento regulador de cualquier tipo de actos, pues los códigos antiguos estaban integrados por ritos, prescripciones litúrgicas, oraciones y disposiciones jurídicas.

La historia de la jurisprudencia romana empieza con los pontífices, concedores de la magia, quienes tenían a su cargo la confección del calendario romano y dominaron desde tiempo inmemorial no sólo las reglas para que se comunicara la ciudad con los dioses *-ius sacrum-*, sino también las fórmulas para litigar en el proceso romano arcaico y para la conclusión de negocios jurídicos; ya que los Romanos primitivos pensaban que en las relaciones jurídicas entre los hombres, al igual que en la oración, todo dependía del empleo de las palabras adecuadas; sólo el que sabía la fórmula apropiada podía obligar a la divinidad y vincular o desvincular a los hombres.<sup>17</sup>

En Roma, no se podía ser un buen pontífice si se desconocía el derecho, a la vez que no se podía conocer el derecho si se ignoraba la religión; del mismo modo, el verdadero legislador, no era el hombre, sino su creencia religiosa, de tal suerte que para aprobar una ley no bastaba la voluntad de los ciudadanos, sino que se exigía además que los pontífices la consintieran y que los augures confirmaran la voluntad de los dioses sobre dicha ley.

Otro ejemplo más del carácter sacro del derecho, lo vemos en que la ley antigua carecía de toda fundamentación y motivación, ya que la norma no tenía que dar razones de su existencia por emanar de los dioses. De ahí que se dijera que obedecer la ley era obedecer a los dioses; igualmente, lo externo de la norma, es decir, la letra, lo era todo, y por tanto, no había que buscar su sentido o su espíritu, pues la ley no valía por los principios morales que contuviera, sino por la fuerza sagrada que impregnaba a las palabras.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. México, Edit. Themis, 1996, pp. 333 a 353.

<sup>18</sup> COULANGES DE, Fustel. *La Ciudad Antigua*. Edit. Porrúa, México, 2010, pp. 184-186.

Ahora bien, toda vez que el derecho formaba parte de la religión, entonces también participaba de su carácter misterioso, empero, esta característica no le era accesible a cualquier persona, pues el saber de los pontífices era secreto; el tesoro de fórmulas que encerraban en el archivo del colegio -los *libri pontificales*- durante mucho tiempo sólo fue accesible a sus miembros y únicamente en su seno se transmitieron de generación en generación los métodos de aplicación del derecho que ellos habían desarrollado o practicado.

Las *Leges Regiae*, precisamente proceden de la época en que los preceptos civiles y los ritos religiosos eran lo mismo; estas leyes participaban de la naturaleza permanente de las cosas sagradas, y como tal, no estaban sujetas a cambios o interpretación de ninguna especie, sólo los pontífices estaban facultados para prescribir el sentido que debía atribuirse a ellas.

Es así como en el derecho primitivo el valor y eficacia de las leyes era inseparable de las frases sacramentales que acompañaban a los actos jurídicos; verbigracia, para contraer una obligación debían pronunciarse las palabras de la ley necesarias para producir el vínculo obligacional, pues de lo contrario, la obligación no existiría. Esta tradición se ha conservado hasta nuestros días, y es constatable en la teoría de la demiurgia jurídica.

Al respecto, se señala que los derechos, facultades y deberes no pertenecen al mundo sensible; todo lo que se dice sobre esto se basa en una especie de creencia de que a ciertos actos, el derecho le atribuye consecuencias legales; sin embargo, ¿cuáles son los actos que generan esas consecuencias en el mundo del derecho? Son sólo palabras, pues simplemente con pronunciar determinadas palabras se crean efectos en el ámbito del derecho, como sucedía en el antiguo derecho romano.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. México, Edit. Themis, 1996, pág. 420-421.

Por ejemplo, de la simple pregunta ¿aceptas por esposo a “x”? y con ocasión de la respuesta “sí, acepto”, nacen en el ámbito del derecho familiar infinidad de prerrogativas y obligaciones entre los cónyuges; igualmente, basta la sola manifestación que hace un hombre ante el oficial del registro civil de reconocer la paternidad de un menor, para que por arte de magia, ese hijo le pertenezca.

Como podemos ver, la simple expresión de las palabras precisas, en circunstancias apropiadas y ante las personas indicadas, son suficientes para que, mágicamente (demiurgia), nazcan los entes jurídicos.

La afinidad que existe entre los actos mágicos y la ciencia del derecho, deriva precisamente de que los actos mágicos producen un efecto representando o proclamando palabras sacramentales, cuyo efecto puede ser natural o supranatural, sea la muerte de una persona, o bien, la investidura de una persona como senador, sacerdote, etcétera.

Otro rasgo distintivo de los actos mágicos, es precisamente la formalidad, es decir, que el acto tiene que realizarse exactamente de la manera apropiada, para que produzca sus efectos, pues de no ser así, el acto está viciado; debido a ello, Tamayo y Salmorán, parafraseando a Hägerström, afirma que el derecho pertenece a una realidad suprasensible y misteriosa, dados los ritos y formalidades con las que opera, que son exactamente igual a los que se observan en los actos mágicos.<sup>20</sup>

Las minuciosas prescripciones en materia de culto juntamente con las reglas de organización civil, continuaron hasta la ley de las Doce Tablas<sup>21</sup>, empero, como éstas leyes no alcanzaron a satisfacer la constante evolución de la sociedad, comenzaron a ser codificadas con separación de los preceptos religiosos y los

---

<sup>20</sup> Ob. Cit. pp. 428-434.

<sup>21</sup> Nota: La Ley de las Doce Tablas, es el más antiguo código de Derecho romano; fue redactado entre los años 451 y 453 a.C., y tomó como fuente el Derecho oral existente en aquél momento entre los *sacri iuris* y las *legis actionis*.; sus autores fueron 10 magistrados denominados decenviros y se inscribió sobre tablas de bronce o madera.

civiles; fue así como la jurisprudencia se fue secularizando, convirtiéndose de pontifical a laica.

En Roma se pueden observar como momentos de transcendencia en el tema de la interpretación: la *interpretatio*; los glosadores; y, los comentaristas (*mos italicus*), en éstos se hallan los antecedentes de las reglas de la hermenéutica jurídica actual.

### 1.5. La *Interpretatio*.

En la monarquía y en los inicios de la república, los pontífices de manera exclusiva realizaban la tarea de interpretar el derecho, labor que después fue asumida por los jurisconsultos, cuando se secularizó el derecho.<sup>22</sup>

El derecho primitivo romano, como se ha puntualizado, también nace en íntima relación con la religión y la magia, así vemos que en la Roma arcaica eran los sacerdotes quienes disponían de fórmulas rígidas para la celebración de contratos y ritos procesales.

El colegio sacerdotal designaba cada año a uno de los miembros para que diera consultas jurídicas al público, basándose en estas fórmulas monopolizadas por los *sacri iuris* registradas en los libros pontificales.

La Ley de las Doce Tablas marcó una nueva concepción en el derecho; si bien la religión presidía los actos del hombre, la violación de la Ley ya no era un pecado, sino solamente es un desacato contra el Estado. En las doce tablas se contenía todo el derecho, y a falta o insuficiencia de prescripciones, se recurría al método de interpretación extensiva, o bien, se realizaban adiciones o enmiendas<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. México, Edit. Themis, 1996, pp. 333 a 353.

<sup>23</sup> ANTONIO NIÑO, José. *La Interpretación de las Leyes*. Edit. Porrúa, México 1971, pág. 116.

Sin embargo, dada la constante evolución social, llegó el momento en que las disposiciones contenidas en la Ley de las Doce Tablas ya no satisfacían las necesidades jurídicas, por tanto, fue necesario llenar sus lagunas mediante otro procedimiento denominado *legis actionis*.<sup>24</sup> Este método consistía en formalidades simbólicas y palabras solemnes que se invocaban para poder llevar a cabo un proceso y cualquier acto jurídico, pues en Roma, hablar de derecho era hablar de palabras sacramentales. Por ejemplo, si se quería contraer una obligación uno de los contratantes debía interrogar: *¿Dari spondes?*, y a su vez, el otro tenía que responder: *Spondeo*; si no se pronunciaban estas palabras no nacía la obligación jurídica<sup>25</sup>; simplemente donde no había fórmula, no había derecho.

La naturaleza del procedimiento formulario implicaba que las fórmulas estaban por encima de las acciones y de la prueba; ésta pasaba a segundo plano si las solemnidades se habían cumplido; la realización de la fórmula y del símbolo indicaban en qué sentido debía resolverse.

En esta etapa conceptualizada como derecho preclásico, la letra de la ley debía hacerse acompañar de una serie de signos exteriores que eran una especie de ritos de una ceremonia religiosa llamada contrato y procedimiento de justicia. Por ello, en cada venta había que emplear el trozo de cobre y la balanza, para darle solemnidad al acto; para adquirir cualquier cosa el rito a observar era tocar esa cosa con la mano y si se trataba de una propiedad, tenía que haber un combate ficticio; de ahí todo el ritualismo del procedimiento formulario.<sup>26</sup>

Posteriormente, cuando la idea teocrática fue abandonada, legislar e interpretar la ley, constituyó una facultad exclusiva del gobernante; de esta forma la ley se conceptuó como obra absoluta de éste, y por tanto, no había un método interpretativo como tal al que se recurriese en caso de duda o deficiencia del

---

<sup>24</sup> SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. México, Edit. Porrúa, 1998, pp. 265-266.

<sup>25</sup> COULANGES DE, Fustel. *La Ciudad Antigua*. Edit. Porrúa, México, 2010, pág. 186.

<sup>26</sup> Ob. Cit. pág. 187.

procedimiento formulario, sino que en todo caso, la interpretación quedaba acotada a la perspectiva que tuviera en mente el emperador en turno.

A pesar de todo, fue así como la *interpretatio prudentium* se convirtió en una fuente del derecho, puesto que extendió la legislación de los *decemviri* a nuevas situaciones jurídicas, lo que a su vez trajo como consecuencia que se cambiara por mucho el sentido original de las Doce Tablas; empero, este fue el método que sirvió para la transición del derecho formulario a la forma del *ius scriptum*, pues la participación de los jurisconsultos, hizo que se fueran creando principios generales que eran implantados en todo el imperio y que culminaron con la obra más importante del derecho romano: el *Corpus Iuris Civilis*.

En secuencia con lo anterior, en el año 527 ascendió al trono el emperador Justiniano, que reinó hasta 565, quien llevo a cabo una gran labor legislativa que hizo se le considerara hoy en día como el gobernante más importante de la jurisprudencia romana, por haber compilado todo el derecho existente hasta esa época en instituciones jurídicas debidamente sistematizadas para su estudio, las cuales fueron el punto de partida del derecho moderno de occidente.

Entre los años 528 a 533, Triboniano, por instrucciones de Justiniano, llevó a cabo una recopilación de todo el derecho romano que había hasta entonces, y así integró 4 compilaciones: La primera, las **Instituciones o Institutas**, cuya obra estaba destinada a la enseñanza del derecho; la segunda, las **Pandectas o el Digesto**, que era una recopilación de textos de la jurisprudencia clásica; la tercera, el **Código**, que era en sí una antología de constituciones imperiales desde Adriano hasta Justiniano; y la cuarta y última, las **Novelas**, que eran constituciones imperiales posteriores al Código.

Lo destacable de esta compilación para efectos del tema que aquí se trata, es precisamente el *Digesto*, en atención a que en éste se plasman diversas citas de los grandes jurisconsultos del derecho romano clásico en las que se

establecieron algunas reglas de interpretación de las variadas figuras jurídicas existentes. Con esta máxima obra romana a la que, a partir de la edición realizada por Dionisio Godofredo en el año de 1585, se le llamó el *Corpus Iuris Civilis*<sup>27</sup>, se concluyó la primera gran etapa del derecho romano, y con ella, concluyen también todos estos procesos que constituyeron la *interpretatio*.

## 1.6. Los Glosadores.

La segunda etapa del derecho romano se inició en la edad media. En una escuela de Bolonia, entre los años de 1055 y 1125 aproximadamente, un maestro de nombre Irnerio o Guarnerio<sup>28</sup> creó un nuevo método de estudiar el derecho; este método consistía en atribuirle plena autonomía a la ciencia jurídica, así, la separaba de la retórica y le otorgaba un lugar independiente en la enseñanza. Este maestro fijó como objeto de estudio al derecho Justiniano, pero no desde sus compilaciones, sino desde los textos originales, dejando de lado los extractos que de él se habían compilado.

Se debe recordar que el derecho romano compilado por Justiniano no tuvo validez, sino hasta su redescubrimiento en Italia, lo cual tuvo lugar cuando se descubrió un viejo manuscrito que surgió a la luz en una biblioteca italiana a finales del siglo XI, y que fue con el que se retomó la enseñanza del derecho en Europa; este manuscrito era una compilación del derecho romano realizada por Justiniano cinco siglos antes<sup>29</sup>.

Todo esto dio como resultado la creación del método denominado la Glosa; su característica primordial consistía en explicar el sentido del texto legal mediante anotaciones de carácter aclaratorio entre las líneas o al margen. La lectura de los textos legales era seguida por la *glossa* o *glosase* del profesor, las cuales eran

---

<sup>27</sup> GARCÍA GALLO, Alfonso. *Manual de la Historia del Derecho Español*. Edit. Artes Gráficas y Ediciones, Madrid 1972, pág. 180.

<sup>28</sup> GARCÍA GALLO, Alfonso. *Manual de la Historia del Derecho Español*. Edit. Artes Gráficas y Ediciones. Madrid 1972, Pp. 183-185.

<sup>29</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. México, Edit. Themis, 1996, Pág. 301.

copiadas por los estudiantes entre las líneas del texto o al margen<sup>30</sup>; a este tipo de anotaciones se les llamó *glosae*<sup>31</sup>; por ello, a quienes se encargaban de realizar estas líneas o anotaciones se les llamó glosadores.

Así, la escuela de los glosadores se consagró al estudio directo de las fuentes del derecho romano Justiniano, que estaba mezclado con las leyes bárbaras, feudales y canónicas.<sup>32</sup>

Esta corriente, como ya se dijo, se inició en Bolonia bajo Irnerio, y se cerró con Acurcio<sup>33</sup>, quien fue creador de la Gran Glosa (año 1250), en la que se hace un comentario sistemático del derecho justinianeo y nace la regla que dice: “**Lo que la gran glosa no reconoce como derecho válido, no lo reconocerá el tribunal**”<sup>34</sup>, pues para los glosadores no hay más derecho que el *corpus iuris civilis*; con esto se evidencia la autoridad que alcanzaría la glosa, tanto como la norma y en ocasiones hasta en mayor medida.<sup>35</sup>

Tamayo y Salmorán coincide en que su método se caracterizaba por realizar anotaciones de carácter aclaratorio entre las líneas o al margen para explicar el sentido del texto – *glosae* -<sup>36</sup>.

El método de trabajo de los glosadores era analítico, exegético y casuístico, aunque también en cierta forma, sistemático<sup>37</sup>.

Lo analítico consistía en el estudio minucioso que realizaban para fijar el alcance y significación de cada término; lo glosaban o explicaban con aclaraciones tendentes a buscar las conexiones y relaciones entre conceptos, utilizando para

---

<sup>30</sup> Ob. Cit. Pág. 301.

<sup>31</sup> SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Edit. Porrúa, México, 1998, pp. 266-267.

<sup>32</sup> RODRÍGUEZ VALCARCE, Francisco. *La escuela de la exégesis y los comentaristas del derecho positivo*, Revista de Derecho Notarial, número 55, Madrid, enero-marzo 1967, pág.162.

<sup>33</sup> CISNEROS FARÍAS, Germán. *La Interpretación de la Ley*. Edit. Trillas, México, 2001, pp. 57-59.

<sup>34</sup> FLORIS MARGADANT, S. Guillermo. *El derecho Privado Romano*. Naucalpan, México, Edit. Esfinge S.A. DE C.V., 1995, pág. 83.

<sup>35</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. Edit. Themis, México 1996, pp. 302.

<sup>36</sup> Ob. Cit. pp. 360-361.

<sup>37</sup> GARCÍA GALLO, Alfonso. *Manual de la Historia del Derecho Español*. Edit. Artes Gráficas y Ediciones. Madrid 1972, Pág. 185.

esta labor exegética la tónica aristotélica que se estaba difundiendo en las universidades europeas.

La tónica aristotélica distingue entre razonamiento apodíctico que se deriva de premisas que son necesariamente verdaderas, y razonamiento dialéctico que se refiere al campo de lo meramente opinable mediante el cual opera la jurisprudencia; esto es, a través de conclusiones dialécticas que tienen como premisas opiniones acreditadas y verosímiles, pero sobre todo, que deben contar con la aceptación.

El razonamiento tónico es propiamente una técnica de la discusión o disputa, fundado en puntos de vista utilizables y aceptables universalmente que se emplean en favor y en contra de lo opinable y que tratan de conducir a la verdad<sup>38</sup>; la tónica es la parte de la retórica que trata de establecer los lugares comunes (*topoi*) o puntos de partida de una argumentación, partiendo de que, quien quiere convencer a cierto auditorio, tiene que apoyarse en lo que dicho auditorio considera plausible en un momento determinado.<sup>39</sup>

Lo exegético de su método radicaba en que, para llevar a cabo la fijación del alcance y significación de cada término, partían únicamente de la literalidad del texto jurídico y no de cuestiones subjetivas; tal característica se puede vislumbrar en las obras denominadas *Comenta o Lecturae*, en las cuales los glosadores explicaban las leyes o los fragmentos jurisprudenciales del Digesto según su orden textual.

Lo casuístico se refería a que los glosadores recurrían en gran medida al casuismo típico de la jurisprudencia romana contenida precisamente en el Digesto.

---

<sup>38</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tónica y Jurisprudencia*. Edit. Taurus Ediciones, Madrid 1964, pp. 37-46.

<sup>39</sup> BERUMEN CAMPOS, Arturo. *Apuntes de filosofía del derecho*. Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2003, Pp. 289-290.

Ejemplo de lo exegético y casuístico, es el caso de un demandante que probó plenamente la destrucción de sus viñas hecha por su contrario, empero, como el texto de la ley refería a la palabra “árboles” en lugar de viñas, perdió el pleito, porque su pretensión no encuadraba en el caso especificado por la norma.

Finalmente, lo sistemático se aprecia en los géneros de literatura jurídica que cultivaron los glosadores; por ejemplo, en las *Summae*, que era un resumen debidamente sistematizado de una obra del *Corpus Iuris* destinada a la enseñanza.

Las *summae* eran glosas que resumían el contenido de una sección del *corpus iuris*, las cuales demuestran un grado elevado de síntesis.

Aquí también cabe mencionar otro género de literatura jurídica cultivada por los glosadores, ésta era las “*Quaestiones Disputatae*”, en estos libros los glosadores ya no se limitaban a explicar o aclarar las frases o palabras del texto jurídico, sino que discurrían por escrito a cerca de determinado problema legal exponiendo el autor sus opiniones propias, pero también las ajenas, confrontando así los argumentos a favor y en contra en busca de la solución que fuere más justa o más conforme a los textos legales.

Este método constituyó una ciencia de las artes liberales que componía el *trivium*<sup>40</sup> y se denominaba *Dialéctica*, en virtud de que, mediante la lucha de opuestos, se buscaba la reconciliación de argumentos para llegar a la verdad<sup>41</sup>; se decía que únicamente soportando todo el peso de la contra argumentación se puede alcanzar la verdad y el conocimiento.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Nota: En Italia las artes liberales se agrupaban en dos ramas: el *trivium* que se integraba por la gramática (el arte de expresar un texto de manera correcta), la retórica (el arte de convencer a otros a cerca de la bondad y verdad de las propias afirmaciones) y la dialéctica (arte de examinar y discutir cuestiones); y, el *Quadrivium*, integrado por la geometría, aritmética, astrología y música. Fuente: GARCÍA GALLO, Alfonso. *Manual de la Historia del Derecho Español*. Madrid 1972, Edit. Artes Gráficas y Ediciones. Pág. 180.

<sup>41</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. Edit. Themis, México 1996, Pág. 302.

<sup>42</sup> BERUMEN CAMPOS, Arturo. *Apuntes de filosofía del derecho*. Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2003, Pág. 297.

Otro género literario fueron los *Brocarda*, que eran glosas en las cuales se formulaban reglas generales con las que los glosadores intentaban hacer desaparecer las antinomias del texto.<sup>43</sup>

No obstante la trascendencia doctrinal que tuvo la escuela de los Glosadores hasta nuestros tiempos, al haber sido el antecedente inmediato de la corriente exegética de finales del siglo XVIII, es importante resaltar que hay circunstancias que viciaron su labor; verbigracia, los glosadores fueron ideológica y políticamente partidarios del emperador y de la idea medieval del imperio; incluso muchos de ellos fueron amigos y consejeros del emperador, lo que implicaba que por obvias razones la interpretación que se le diera al texto de Justiniano mediante sus glosas favoreciera en gran medida los intereses del gobernante.

Otra desventaja del método de los glosadores, era precisamente que para ellos poco importaba el contexto histórico en que se hubiere dado el derecho Justiniano, sólo les importaba aplicarlo exegéticamente en la práctica jurídica como un derecho actual.

Así, se ignoraban conscientemente las reglas de cada pueblo, como si el viejo derecho del imperio se pudiera aplicar sin problemas en una sociedad mucho más evolucionada y con nuevas situaciones sociales no previstas en ese entonces en el derecho romano.

Además, los glosadores veían en el derecho romano un texto cuasi sagrado, porque gozaba éste de un gran prestigio que hacía se le considerara como el depositario de la verdadera *ratio iuris*; de ahí la fidelidad de los glosadores a los textos romanos; sin embargo, esto limitaba en gran medida la dimensión creadora de derecho por parte de los juzgadores, puesto que se encontraban circunscritos a

---

<sup>43</sup> CISNEROS FARÍAS, Germán. *La Interpretación de la Ley*. Edit. Trillas, México, 2001, pág. 58.

actuar dentro del marco normativo que expresamente disponía el derecho romano y no fuera de él.

No obstante, la jurisprudencia medieval de los glosadores, mediante el uso del razonamiento tópico, trató de demostrar lo verdadero y lo justo, y de esta manera se erigió como el método de la ciencia jurídica en el análisis, síntesis y aplicación del derecho.<sup>44</sup>

En la actualidad, podemos ver cómo el pensamiento tópico utilizado por los glosadores recobró su aplicación a raíz de la segunda guerra mundial. En el período 1933-1945, el derecho experimentó una severa crisis derivada de ese conflicto bélico internacional; hay que recordar que durante ese lapso no estaban vigentes la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ni el Tratado Europeo de los Derechos Humanos, y por ende, bajo la tesis del derecho formalmente válido de los Nazis, se violentaron las garantías fundamentales de millones de personas. Esta situación dio lugar a un enfrentamiento teórico entre el *derecho formalmente correcto* Vs. *El derecho justo*, que hizo de la técnica del pensamiento tópico la herramienta argumentativa por excelencia para humanizar el derecho en el siglo XX.<sup>45</sup>

### 1.7. El *mos italicus*.

A finales del siglo XIII y hasta el siglo XV, se trató de superar el método de la Glosa; los juristas interesados en ello se les llamó **postglosadores** o **comentaristas**; postglosadores, porque con ello se indicaba su posterioridad con respecto a los glosadores; comentaristas, porque los *Comentaria* fueron uno de sus géneros literarios preferidos.

---

<sup>44</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. Edit. Themis, México 1996, pp. 306-307.

<sup>45</sup> BROEKMAN Jam M. *Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*. Edit. Temis S.A., Bogotá, Colombia, 1997, pp. 108-109.

Esta nueva corriente doctrinaria de estudio del derecho recibió el nombre de “*mos italicus*” (estilo o modo italiano), en virtud de que fue en las universidades y entre los juristas italianos donde se consolidó y arraigó; al igual que los glosadores, se caracteriza por un esquema de pensamiento tópico, aunque constituye en cierto aspecto el cierre del derecho medieval europeo.<sup>46</sup>

En la Universidad Francesa de Orleans, y por obra de los juristas Jacques de Révigny y Pierre de Belleperche, comenzó a practicarse un nuevo método de estudio del derecho, adoptando una actitud crítica respecto de los resultados que arrojó la escuela de los glosadores.

Esto es, se comenzó a razonar con una mayor libertad respecto de los textos romanos de los cuales los glosadores casi nunca se apartaban, y manifestaron en su modo de razonar y de escribir una influencia notable de las formas escolásticas de la lógica y la dialéctica<sup>47</sup>.

Los iniciadores de esta corriente fueron Bártolo de Sassoferrato (1314-1357) y Baldo (1327-1400)<sup>48</sup>, quienes aspiraban a la construcción de una teoría general del *corpus iuris*.

Esta escuela jurídica ya no centraba su atención en los textos romanos, aunque para ellos estos textos seguían teniendo un gran valor, porque de su interpretación obtenían soluciones adecuadas para resolver problemas; sino que su interés radicó en elaborar una ciencia jurídica profundizando en el tratamiento de problemas concretos y reflexionando sobre las cuestiones que surgían en la práctica.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia*. Edit. Taurus Ediciones, Madrid 1964, Pág. 101.

<sup>47</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. Edit. Themis, México 1996, pág. 361.

<sup>48</sup> SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Edit. Porrúa, México, 1998, pág. 268.

<sup>49</sup> GARCÍA GALLO, Alfonso. *Manual de la Historia del Derecho Español*. Edit. Artes Gráficas y Ediciones. Madrid 1972, Pág. 189.

La jurisprudencia medieval se enfrentó a dos problemas; el primero, qué hay que hacer cuando los textos se contradicen; el segundo, cómo puede establecerse una adecuada correlación de situaciones; en ambos casos era necesario desarrollar una técnica adecuada para resolver esos planteamientos, esto, a través de la tópica<sup>50</sup>.

Partiendo de lo anterior, la literatura jurídica de los Comentaristas encontró algunos géneros apropiados para resolver estas interrogantes, veamos.<sup>51</sup>

Los **Comentaria**. Mediante este género trataban de encontrar el sentido o *ratio*, como ellos lo decían, de cada texto, relacionándolo con otros e interpretándolos con un bagaje conceptual del que carecían los glosadores; aquí los debates comenzaban con una observación ilustrativa de tipo general y en la mayoría de veces se enumeraban los puntos a tratar<sup>52</sup>; este se puede considerar que es el antecedente directo de la escuela de Jurisprudencia de Conceptos que en el siglo XIX hizo su aparición.

Los **Consilia**, aquí los jueces legos de las ciudades antes de pronunciar sentencia, solicitaban el consejo de un perito en Derecho (*consilium sapientes*) para aclarar problemas técnico jurídicos del proceso que debían resolver, consejo que debía ser observado por el juzgador.

Los **Consilia** con el paso del tiempo perdieron eficacia debido a que la cita de opiniones emitidas por los entendidos en derecho, se convirtió en un abuso por las partes; además, cuando sobre una situación jurídica determinada se formaba una "*communis opinio*" por coincidencia de varias opiniones de juristas notables, era sumamente difícil en la práctica ante los jueces legos conseguir que prevalecieran contra ella opiniones contrarias, por muy razonables que éstas fueran.

---

<sup>50</sup> VIEHWEG, Theodor. Tópica y Jurisprudencia. Edit. Taurus Ediciones, Madrid 1964, Pág. 108.

<sup>51</sup> GARCÍA GALLO, Alfonso. *Manual de la Historia del Derecho Español*. Edit. Artes Gráficas y Ediciones. Madrid 1972, Pp. 190-192.

<sup>52</sup> VIEHWEG, Theodor. Tópica y Jurisprudencia. Edit. Taurus Ediciones, Madrid 1964, Pág. 98.

El método utilizado en las *Consilia* era una reflexión de búsqueda de premisas para llegar a una fórmula.<sup>53</sup> Bártolo, lo exponía de la siguiente forma:

- a) *quaeritur an*, constituía la fijación del problema;
- b) *et videtur quod*, eran los puntos de vista próximos;
- c) *in contrarium facit*, era en sí los puntos de vista contrarios;
- d) *ad solutionem quaestionis*, se refería a la solución de caso planteado.

Del mismo modo, los escolásticos fijaban un método similar al esquema tópico mediante la siguiente fórmula<sup>54</sup>:

- i. *utrum...* (fijación del problema).
- ii. *Videtur quod...* (puntos de vista próximos).
- iii. *Sed contra...* (puntos de vista contrarios).
- iv. *Respondeo dicens...* (solución).

Los *Tractatus*, se referían propiamente a la elaboración de un estudio sobre determinada materia jurídica, pero con un carácter más profundo, docto y erudito, tal como se realizó en las *Institutas* de Justiniano.

En sí, toda la literatura jurídica de los comentaristas giraba en torno a la discusión de problemas, en sus obras trataban siempre de debatir a otros generando así una disertación sobre un tema.

Es por ello que se considera que su estilo es tópico, dialéctico y argumentativo; pues para elaborar sus razones utilizaban argumentos que partían de lugares comunes (*loci comunis*) generalmente aceptados por la jurisprudencia de la época confrontados con argumentos contrarios para obtener un conocimiento más plausible, aunque también hacían uso, en poca medida, de los argumentos de

---

<sup>53</sup> Ob. Cit. Pág. 114.

<sup>54</sup> Ob. Cit. Pág. 113.

autoridad que generaban las opiniones de los peritos en derecho con lo cual se cerraba la discusión jurídica.

### 1.8. Consideraciones Finales.

Según se expuso al inicio de este capítulo, la interpretación jurídica cubre diversos niveles de reflexión dependiendo de la ciencia en la que tenga lugar. La que importa aquí es la que se hace en el ámbito del derecho, en específico, la que es realizada por el Estado. Interpretar, jurídicamente hablando, es la facultad intelectual del ser de poder adscribir a una serie de palabras o hechos un significado o sentido plausible, de entre los muchos posibles que se pudieren derivar.

En sus orígenes, derecho y religión fueron considerados como una misma institución, fue así como la facultad interpretativa de la norma recayó sobre el rey a quien se consideraba vinculado con la divinidad; esto dio lugar a la concepción del derecho como un acto mágico, donde bastaba el pronunciamiento de ciertas palabras, la observancia de determinadas fórmulas y que fueran ejecutadas por las personas indicadas, para producir consecuencias en el ámbito del derecho.

Con el paso del tiempo fue abandonada la idea de un gobierno teocrático, y por tanto, derecho y religión marcharon por separado, quedando entonces en poder del emperador, monarca o soberano, la facultad de interpretar la norma.

En este capítulo se hizo referencia a tres momentos relevantes de la interpretación jurídica: la *interpretatio*, los glosadores y los comentaristas. La *interpretatio* constituyó el momento de la transición entre el derecho romano antiguo regido por todas esas fórmulas que impregnaban al derecho de un carácter sacro y mágico, y la escuela de los glosadores, apoyada fundamentalmente en el razonamiento tópico aristotélico; claro que en el caso de

la *interpretatio*, en una primera etapa se recurría a la revelación divina, y ya en su evolución, se acudió a la voluntad del emperador.

Los glosadores fueron de gran trascendencia en la ciencia jurídica, ya que a partir del derecho Justiniano, realizaron toda una serie de notas aclaratorias al margen del texto en las que asignaban sentido a las disposiciones del derecho justiniano; su método por excelencia para discurrir sobre temas jurídicos fue la técnica del pensamiento tópico, desde luego, sin apartarse del texto original romano.

En el caso de los comentaristas, discreparon de los glosadores en cuanto que ellos analizaron los textos romanos pero de diferente manera, con una mayor libertad, reflexionando sobre problemas concretos que surgían en la práctica; aunque coincidieron en cuanto al método para discurrir sobre estos problemas jurídicos, pues también hicieron uso de las técnicas del pensamiento problemático aportadas por la escuela tópica.

Como quiera verse, la técnica del pensamiento tópico adoptada por los glosadores y los comentaristas, se considera que es una herramienta eficaz en el análisis e interpretación de los temas jurídicos, dado que permite identificar puntos de vista comunes, para que, a partir de ellos, se puedan formular razonamientos a favor y en contra en miras de arribar a un nuevo conocimiento más plausible.



**CAPÍTULO II**  
**ESCUELAS DE INTERPRETACIÓN**  
**JURÍDICA**



## 2.1. Generalidades.

Con el constitucionalismo de finales del siglo XVIII, la ley se conceptuó como el conjunto de normas escritas, abstractas y generales producidas por un cuerpo legislativo especial, creadas con el propósito de equilibrar el peso de cada órgano del estado, esto teniendo en mente la división de poderes que fue uno de los pilares ideológicos que inspiraron la revolución francesa.

La característica más importante de la ley en este período, es su manifestación por escrito; de hecho, la raíz etimológica de este vocablo es precisamente *Lex*, que proviene del verbo latín *lego*, *legare*, que significa leer; de ahí que se le denomine ley, porque sólo las disposiciones escritas son susceptibles de leerse.

La importancia que se le atribuyó a la ley escrita del siglo XVIII, radicó en que, en combinación con su carácter impersonal y abstracto, se consideraba que satisfacía el ideal de un Estado de Derecho, pues sólo por la palabra escrita podían garantizarse los derechos de los ciudadanos, estableciendo así un sistema de competencia, o mejor dicho, un marco de actuación para limitar los poderes de los gobernantes.<sup>55</sup>

Si la legislación se presentaba como la fuente del derecho más importante en Europa Continental, se debía al hecho de que la legislación presentaba una regla formulada, lista para su aplicación, pues entre las características propias del positivismo jurídico se hallan: la coercitividad según la cual por derecho se entiende un sistema de normas que se aplican por la fuerza; la supremacía de la ley por encima de otras fuentes reales del derecho; la plenitud hermética del ordenamiento jurídico, considerándolo así un cuerpo perfecto, coherente, ausente de lagunas y antinomias; y, con respecto al método interpretativo de la

---

<sup>55</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. Edit. Themis, México, 1996, pág. 361.

jurisprudencia, la concepción de la actividad del jurista o del juez, como algo esencialmente lógico.<sup>56</sup>

Es en este momento histórico donde se vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: el Estado. Teóricamente, el positivismo jurídico es la expresión por parte de los juristas de aquel complejo fenómeno en la formación del Estado moderno, que es la monopolización del poder de producción jurídica por parte del Estado.<sup>57</sup>

De conformidad con la teoría de la división de poderes, son los cuerpos legislativos los que transforman la voluntad ciudadana en leyes; voluntad ciudadana que nunca se equivoca.

De acuerdo a esta concepción estatal del derecho, el método tradicional del jurisconsulto se caracteriza por tres principios: i. toda decisión judicial presupone siempre una regla preexistente; ii. Esta regla está siempre dada por el Estado; iii. El complejo de las reglas dadas por el Estado constituye una unidad.<sup>58</sup>

Dado el auge que tuvo la ley escrita en el siglo XVIII, no tardaron en aparecer diversas corrientes de pensamiento cuya meta principal fue someter a debate los presupuestos filosóficos del racionalismo, las cuales se verán a continuación.

## 2.2. La Exégesis Francesa.

La exégesis designa de manera colectiva a los civilistas franceses que enseñaban en el siglo XIX el código napoleónico con la técnica del comentario artículo por artículo.<sup>59</sup> La escuela exegética francesa fue el resultado de una lucha

---

<sup>56</sup> BOBBIO, Norberto. *El problema del Positivismo Jurídico*. Traducción Ernesto Garzón Valdés, Edit. Distribuciones Fontamara, México, 2007, Pp. 50-51

<sup>57</sup> Ob. Cit. Pág. 49.

<sup>58</sup> Ob. Cit. Pág. 49.

<sup>59</sup> TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp. 64-65.

social que tuvo como causa el abuso de los regímenes absolutistas que existían en Europa, los cuales se mantuvieron arraigados desde la edad media, hasta el siglo XVIII, y en los que la facultad exclusiva de expedir leyes recaía sobre el soberano, quien para su interpretación nombraba órganos dependientes de éste con la finalidad de que, al resolver los conflictos sociales, siempre se vieran beneficiados los intereses del régimen en turno.

Recordemos que el movimiento cultural iniciado con el Renacimiento en Italia, se extendió por toda Europa, y tuvo por finalidad repudiar todo conocimiento que no estuviese corroborado por la razón; este movimiento tiene su mayor auge en el siglo de las luces –XVIII-, pues es en el que se enfatiza con mayor medida una lucha de la razón (luz) contra la autoridad (tinieblas); de ahí que se le denominara a todo esta corriente cultural Iluminismo o Ilustración.<sup>60</sup>

Estas circunstancias no fueron ajenas al derecho, pues también dentro de esta ciencia hubo consecuencias relevantes, por ejemplo, el nacimiento de una legislación formalista que suprimía cualquier facultad interpretativa de la norma por parte del juzgador, para sujetarlo al texto legal, pues debido a que en esa época se vivía la era del racionalismo, se creía posible establecer un cuerpo de normas universalmente válidas e inmodificables aplicables a todos los países, todo ello a partir del conocimiento de la naturaleza del hombre. De esta forma, el derecho fue concebido como una expresión de la razón.<sup>61</sup>

Bajo esta concepción nació el Código de Napoleón, ideado como una invención jurídica infalible a la conflictiva social, por ser producto de la razón humana; así pues, teniendo como antecedentes a la Revolución Francesa y al Código de Napoleón, surge la corriente exegética.

---

<sup>60</sup> ESTRADA CHAVEZ, Oscar A. *“Las escuelas clásicas de interpretación y la argumentación jurídica. Primera Parte. La escuela de la Exégesis”*, Revista de Investigaciones Jurídicas, número 24, México, 2000, pp. 206-207.

<sup>61</sup> Ob. Cit. pp. 206-207.

La palabra exégesis significa interpretación o explicación; según el diccionario de la lengua española se define como el método expositivo en las obras de derecho que sigue el orden de las leyes positivas a cuya interpretación atiende principalmente.<sup>62</sup>

Esta concepción de la ciencia del derecho conllevaba un postulado importante: el de la suficiencia de la ley, es decir, el de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico; postulado que instruye al juez resolver todos los asuntos que le sometan a su conocimiento, sin poder abstenerse de emitir pronunciamiento bajo pretexto de insuficiencia de la ley, porque se decía, el Código Napoleónico tenía previsto todo; tan es así, que el artículo 4 de dicho código disponía que el juez que rehusara juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, sería perseguido como culpable del delito de denegación de justicia.<sup>63</sup>

Con base en lo anterior, se erradicó la libre interpretación de la norma, y en contraposición a ello, se sujetó al juez a la literalidad de la ley, y en caso de oscuridad de la norma, el propósito de los exegetas, era encontrar la voluntad del legislador, estableciéndose entonces dicha voluntad como criterio único de decisión sobre el referente probable, de entre los muchos referentes posibles que su pudieren generar.<sup>64</sup>

Como ejemplo de esta supresión de la facultad de interpretar la norma, tenemos que uno de los monarcas codificadores, Federico II de Prusia, llegó a prohibir la interpretación jurídica bajo el argumento de la racionalidad del código, y en todo caso, si existía duda, se debía consultar al legislador. Este mecanismo es

---

<sup>62</sup> Diccionario de la Lengua Española. Edit. Espasa, Madrid 1992, pág. 932.

<sup>63</sup> RODRÍGUEZ VALCARCE, Francisco. *La escuela de la exégesis y los comentaristas del derecho positivo*, Revista de Derecho Notarial, número 55, Madrid, enero-marzo 1967, pág. 157.

<sup>64</sup> BERUMEN CAMPOS, Arturo. *Apuntes de filosofía del derecho*. Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2003, Pág. 208.

conocido como el principio de reserva interpretativa y se mantuvo en Francia aún finalizada la monarquía.<sup>65</sup>

Esta forma de concebir la función judicial, colocaba al derecho en un plano de igualdad metodológica con las ciencias duras, porque su método era como el de aquéllas, silogístico y deductivo, empero, con el advenimiento de la hermenéutica filosófica contemporánea esta concepción ha sido abandonada al haberse demostrado que la jurisprudencia no pertenece a las ciencias explicativas ni a las duras, sino a las ciencias humanas.

La exégesis es el método predominante del positivismo jurídico, pues constituye un conjunto de recetas práctica derivadas de la ley escrita, destinadas a orientar al juzgador en su labor interpretativa; claro que esta corriente tiene como fundamental presupuesto el dogma que postula la presencia real y viviente del legislador en la misma ley; por lo tanto, interpretar la ley, será reconstruir fielmente lo que el autor –legislador- del texto habría pretendido; dicho de otro modo, el derecho es lo que el legislador quiso que fuera.<sup>66</sup>

Toda vez que el dogma de la exégesis se tradujo en Derecho = Voluntad, constituye entonces una necesidad imperante identificar quién es el sujeto que impone su voluntad, o quién es el que quiere esto o aquello.<sup>67</sup>

De acuerdo a Tamayo y Salmorán, la corriente exegética se presentó en dos fases; la fundación de 1804 a 1825, a este período pertenecieron los más grandes

---

<sup>65</sup> ESTRADA CHAVEZ, Oscar A. "Las escuelas clásicas de interpretación y la argumentación jurídica. Primera Parte. La escuela de la Exégesis", Revista de Investigaciones Jurídicas, número 24, México, 2000, pp. 210-211.

<sup>66</sup> VERNENGO, Roberto, *La interpretación Jurídica*. Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, México 1977, pp. 67-68.

<sup>67</sup> Ob. Cit. pág. 74.

estudiosos del Código de Napoleón; y la segunda etapa que fue la decadencia, de 1880 a 1900.<sup>68</sup>

En su fundación, los miembros no son muy numerosos, el más sobresaliente fue A. Durantón, profesor de la facultad de Derecho de París.

La segunda fase se compuso de varios autores, profesores, magistrados, litigantes y entre ellos figuran Aubry, Rau, autores de la obra maestra de la exégesis; Demolombe, Taullier, Demante, y el primer presidente de la Corte de Casación Francesa, Troplong.

No obstante lo anterior, Bonnecase señala que son tres etapas en las que se manifestó la corriente exegética.<sup>69</sup>

La primera, período de la instauración (1804-1830), cuyos exponentes fueron Delvincourt, Proudhon, Chabot de l'Allier, Charles B. Toullier, Merlin, Maleville.

La segunda etapa, el apogeo (1830-1880) donde surgieron los grandes comentadores del Código de Napoleón, por ejemplo, Aubry, Rau, Durantón, Demolombe, Troplong, Laurent, Murlon, Taulier, Demante, Marcadé, Bugnet, Valette.

La tercera fase, la decadencia de la escuela (1880-1900), entre sus ponentes se hallan Théophile Huc, Baudry Lacantinerie.

En sus inicios, el legislador titular de la voluntad social omnipotente y omnisciente, estuvo identificado con Napoleón Bonaparte, el emperador; sin embargo, para el año 1830, era históricamente notorio que el autor de la codificación no podía ser un personaje ya desaparecido, por tanto, se postula la

---

<sup>68</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. Edit. Themis, México, 1996, pp. 363-367.

<sup>69</sup> BONNECASSE, Julián. *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Edit. Harla, México, 1993, pág. 45.

tesis de que el derecho es voluntad de la única autoridad socialmente reconocida, el “*Legislador*”, en sentido abstracto.<sup>70</sup>

Este legislador mítico, se cree, quiso un proyecto político coherente, y sus manifestaciones a través de las leyes, como instrumentos de realización de ese proyecto, deben ser interpretadas como parte de un todo consistente.<sup>71</sup>

Con Aubry y Rau, desaparece la etapa un tanto ingenua de que el legislador eterno y mítico es Napoleón Bonaparte, puesto que para 1870 la corriente napoleónica ha desaparecido del horizonte histórico, y por tanto, ha pasado a ser parte de la historia, razón por la cual se puso énfasis en lograr una versión coherente, racionalmente aceptable del proyecto político expresado en la legislación napoleónica.<sup>72</sup>

Berumen<sup>73</sup> divide a la exégesis en ideológica y técnica; la ideológica es aquella que busca la voluntad del legislador para seleccionar el referente verdadero de una norma oscura, partiendo de la premisa de que siempre la va a encontrar (actitud asertórica), aunque en realidad se trate de una maquinación tendente a hacer coincidir dicha voluntad con la del intérprete.

En el caso de la exégesis técnica, aunque también busca la voluntad del legislador, varía de la anterior en tanto que asume una actitud hipotética, pues no da por sentado que encontrará la voluntad del legislador, por el contrario, acepta la posibilidad de que dicha voluntad llegue a no coincidir con la del intérprete; en todo caso será necesario realizar un análisis de los trabajos paralegislativos, a efecto de darle coherencia al contexto normativo, y de esta guisa encontrar el referente más probable de una norma oscura.

---

<sup>70</sup> VERNENGO, Roberto, *La interpretación Jurídica*. Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, México 1977, pp. 75-

76

<sup>71</sup> Ob. Cit. Pág. 77.

<sup>72</sup> Ob. Cit. Pág. 78.

<sup>73</sup> BERUMEN CAMPOS, Arturo. *Apuntes de filosofía del derecho*. Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2003, Pág. 212.

Entre las características de esta escuela destacan:

1. El culto del texto a la ley.
2. Considerar a la voluntad del legislador como pauta suprema de interpretación.
3. Considerar al legislador omnipresente y omnisapiente, de tal manera que el texto de la ley no deja nada al arbitrio de un intérprete, pues este no tiene que hacer el derecho, porque el derecho está escrito en el texto auténtico.
4. Considerar que el derecho positivo lo es todo, y todo el derecho positivo está constituido por la ley.
5. Negarle valor a la costumbre.
6. Atribuirle al derecho un carácter estatal.
7. La legislación es entendida como una manifestación del justo equilibrio de los poderes.
8. El estatismo del derecho.<sup>74</sup>

Según esta escuela, la voluntad del legislador se puede conocer comparando el texto que se va a interpretar con las demás disposiciones legales relativas a la misma materia o materias análogas; investigando la exposición de motivos de la ley en los trabajos preparatorios a su redacción, o en el derecho anterior; y vislumbrando las consecuencias a las que conduciría una aplicación extensiva o

---

<sup>74</sup> RODRÍGUEZ VALCARCE, Francisco. *La escuela de la exégesis y los comentaristas del derecho positivo*, Revista de Derecho Notarial, número 55, Madrid, enero-marzo 1967, pág. 158.

restrictiva de la ley, para así verificar si este era el efecto pretendido por el legislador.

Para la interpretación la ley, se recurre a los métodos exegético puro y exegético sistemático; el primero se circunscribe a la exposición del derecho como tal, teniendo como referencia al código y al orden de las disposiciones; el segundo supone la observación de los datos sociales realizado exclusivamente por los redactores del código, allanando así la investigación del jurisconsulto, obligándolo a situarse dentro del conjunto de reglas dictadas.<sup>75</sup>

Radbruch señala que existen tres premisas de interpretación en la escuela exegética: bajo el principio de plenitud hermética del ordenamiento jurídico, el juez no puede negarse a resolver un asunto; el juez se encuentra impedido para crear derecho; y, la ley carece de lagunas y de antinomias.<sup>76</sup>

Esta escuela parte de un racionalismo exacerbado que llegó al grado de creer que toda omisión contenida en la ley era intencionada por el legislador; que la palabra tenía un valor exacto; que los vocablos debían entenderse en su sentido natural, a menos que pertenecieran a una ciencia o técnica. De ahí que la doctrina producida por esta escuela constituyera el punto de partida del derecho privado moderno occidental.

No obstante las grandes aportaciones de la escuela exegética a la ciencia del derecho, existen algunas críticas que se pueden plantear al respecto; se considera que es una escuela reduccionista, pues supone al derecho como una simple manifestación escrita de la ley; cabe agregar que el Estado vio en la reducción del derecho a la ley, el instrumento idóneo para reforzar su propia autoridad, esto, prohibiendo a los aplicadores la interpretación jurídica de la ley.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. Edit. Themis, México, 1996, pp. 348 y 349.

<sup>76</sup> RADBRUCH Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*, Edit. Fondo de Cultura Económica, México 1985, pp. 121-122.

<sup>77</sup> ESTRADA CHAVEZ, Oscar A. "Las escuelas clásicas de interpretación y la argumentación jurídica. Primera Parte. La escuela de la Exégesis", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, número 24, México, 2000, pág. 210.

Esta escuela también fue criticada por creer ilusamente que existían métodos idóneos que nos llevarían a conocer sin lugar a dudas la voluntad del legislador, lo cual resulta imposible debido a que, como lo sustenta la ciencia hermenéutica, al ser el derecho una cuestión eminentemente humana, cada intérprete asignará un sentido diferente a la interpretación, según su propio horizonte, su formación, su sentido común, su capacidad de juicio, incluso, según sus gustos.

Hubo autores como Aubry y Rau, profesores de Estrasburgo, que llegaron al grado de establecer un método para encontrar la voluntad del legislador<sup>78</sup>, pues creían firmemente que tal voluntad se podía encontrar con toda exactitud; este método consistía:

- a) En la comparación del texto que se iba a interpretar, con las demás disposiciones legales relativas a la misma materia o materias análogas;
- b) La investigación de los motivos o del objeto de la ley, los trabajos preparatorios, a su redacción o en el derecho anterior.
- c) La apreciación de las consecuencias a que conduciría una aplicación extensiva o restrictiva de la ley, todo esto para verificar si el legislador hubiera querido los efectos de estas interpretaciones.

Otra crítica radica en la rigidez del derecho, ya que se somete al intérprete al texto de la ley, sin tomar en cuenta que la sociedad va evolucionando, y con ello, surgen nuevas situaciones jurídicas que tienen que ser resueltas a través de métodos integradores del derecho y no precisamente mediante la norma expresa,

---

<sup>78</sup> TAMAYO y Salmorán Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*, Edit. Themis, México 1996, Pág. 365.

como puede verse, la realidad no puede ser aprehendida por el derecho vigente en su totalidad.<sup>79</sup>

Al igual que sucedió con la Ley de las Doce Tablas, que en su momento fueron insuficientes para dar respuesta a las necesidades sociales, el Código de Napoleón, también llegó a ser insuficiente para aplicarse a los casos que fueron surgiendo en la praxis social.

Como quiera verse, esta escuela ha sido considerada como la fuente de todas las escuelas de interpretación, y no precisamente por sus virtudes, sino porque las demás corrientes, al hacer sus propuestas, siempre lo hacen teniendo como punto de partida las críticas que se formulan respecto de la exégesis.<sup>80</sup>

### 2.3. La Histórico Alemana.

Después de haberse forjado en la escuela de la exégesis el paradigma de buscar la norma más justa bajo los auspicios de la pura razón, se intentó sistematizar y explicar el derecho positivo pero ahora a través de la variedad de sus determinaciones históricas.

La escuela histórico-alemana fue iniciada por Gustavo Hugo (1746-1840) y encuentra su más genial representante en Federico Carlos de Savigny (1779-1861), otro representante ilustre de esta escuela sucesor de Savigny, es F. Von Puchta (1798-1846).<sup>81</sup>

Aquí se emplea una nueva manera de estudiar el derecho, no sólo a través de la interpretación de sus textos, sino también tomando en cuenta su

---

<sup>79</sup> ESTRADA CHAVEZ, Oscar A. "Las escuelas clásicas de interpretación y la argumentación jurídica. Primera Parte. La escuela de la Exégesis", Revista de Investigaciones Jurídicas, número 24, México, 2000, pág. 224.

<sup>80</sup> Ob. Cit. Pág. 231.

<sup>81</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. Edit. Themis, México, 1996, pp. 367-368.

desenvolvimiento histórico y los cambios que experimentó en el transcurso del tiempo.

Si bien el positivismo ilustrado de la escuela exegética concibió al derecho como una realidad sustantiva, universal y estática, producto de discernir la razón libre e incondicionada, el historicismo jurídico ubica al derecho como un hacerse constante, como una sucesión de procesos en continuo movimiento, en estricta dependencia mutua y fruto de la sucesión de unos elementos que no pueden ser creados ni explicados por medio de la razón abstracta; de esta suerte, la historia, y no la razón, es la fuente de todo derecho.<sup>82</sup>

Savigny ataca a la Ilustración porque estima que perdió el sentido y la sensibilidad para comprender tanto la grandeza y particularismo de otras épocas, como la evolución natural de los pueblos, lo que ha llevado a imponer una esperanza ilimitada en la época presente que se cree llamada nada menos que a una auténtica síntesis de la perfección absoluta.<sup>83</sup>

La escuela histórica, contrario a la escuela exegética, adoptó como premisa metodológica, una visión histórica de los ordenamientos jurídicos en la que sería imposible comprender el presente de un pueblo y de su ordenamiento, desconectado de su concreto pasado, de su devenir histórico; en definitiva, el derecho debía ser considerado como resultado de la evolución histórica y como manifestación del espíritu del pueblo.<sup>84</sup>

Es decir, el derecho ya no podía seguirse conceptualizando como un producto de la razón humana abstracta, en todo caso exigía que se le viera como una creación espontánea del pueblo, como resultado del *Volkgeist* -espíritu del pueblo-, puesto que este nace de las costumbres y creencias populares que se

---

<sup>82</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Aproximación a la Escuela Histórica del Derecho*, Revista Boletín de la Facultad de Derecho núm. 14, Madrid, España, 1999. Pp. 23-24.

<sup>83</sup> CARRASCO GARCÍA, Consuelo. *La exceptio non numeratae pecuniae en los tratados de Pandectas del siglo XIX: Una aproximación al método de la Pandectística y sus resultados*, Revista Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo LXXIII, Madrid, 2003, pág. 430.

<sup>84</sup> Ob. Cit. Pág. 430.

van generando en el devenir histórico de la sociedad, y luego, por la jurisprudencia, en donde se recogen estos datos históricos; pero de ningún modo deriva de la racionalidad de un legislador omnisapiente y omnipresente.<sup>85</sup>

El derecho se crea en el pueblo, en sus costumbres, prescindiendo de la mente legislativa; el jurista debe conocer la historia del derecho y de sus instituciones, más no debe encerrarse solamente en un texto legal, ya que en su aplicación convergen factores de índole económico, político, social, cultural y hasta moral, que se deben tener en cuenta al momento de su aplicación.<sup>86</sup> Por ello, la legislación debe ser entendida como meras indicaciones o pautas interpretativas flexibles que reflejan las tendencias del derecho consuetudinario.

Es importante recordar que Savigny, señalaba que el sujeto en el cual el derecho positivo tenía su realidad, era el pueblo; por lo cual se le podía llamar derecho del pueblo; claro que el derecho no nacía arbitrariamente del conjunto de individuos que integraban a ese grupo social, sino que salía del espíritu general que anima a todos los miembros de una nación o los orienta hacia fines de beneficio común; dicho de otro modo, lo que hermana a los integrantes del pueblo y los hace una sola identidad, es ese sentimiento de necesidad que excluye toda idea de un origen casual y arbitrario.<sup>87</sup>

Para este autor, el pueblo, no es simplemente la reunión de individuos existentes en una determinada época; el pueblo constituye una unidad en la cual se suceden las generaciones, mismas que enlazan el presente con el pasado y el porvenir; es ahí donde la tradición vela por la conservación del derecho.<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. Edit. Themis, México, 1996, pág. 367.

<sup>86</sup> CISNEROS FARÍAS, Germán. *La Interpretación de la Ley*. Edit. Trillas, México, 2001, pág. 93.

<sup>87</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Aproximación a la Escuela Histórica del Derecho*, Revista Boletín de la Facultad de Derecho núm. 14, Madrid, España, 1999. Pág. 25.

<sup>88</sup> SAVIGNY, M. F. C. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Traducción Jacinto Mesía y Manuel Poley. Edit. Centro Editorial de Góngora, Madrid. Pp. 69-73.

Esta corriente filosófica postula la teoría de la naturaleza histórica del derecho, al afirmar que este no deriva de la abstracción racional de las leyes, sino que es producto de la historia y de la voluntad del pueblo.<sup>89</sup> Es por ello que se debe incluir el espíritu histórico en el análisis de las instituciones, dado que es la única garantía que se tiene contra el racionalismo.

La característica de esta escuela es que busca hasta en su raíz toda la doctrina del pasado para descubrir sus principios fundamentales.<sup>90</sup> En ese tenor, al incorporar el análisis histórico a la jurisprudencia, se inicia la dogmática jurídica y la creación de toda la doctrina jurídica alemana.<sup>91</sup>

Otra característica de esta escuela es que considera que, teniendo la ley vida propia e independiente de su autor, el intérprete debe considerarla como un molde que tiene que irse llenando de contenido, según las necesidades de cada época.<sup>92</sup>

Como puede observarse, la jurisprudencia histórico alemana surge como reacción contra el racionalismo filosófico de ultranza de aquella época.<sup>93</sup> Por tanto, su manera de interpretar la ley dependerá del modelo que mejor se adapte a las necesidades del momento, dejándose así un amplio margen a la libertad judicial.<sup>94</sup>

En el plano metodológico, los autores alemanes no se limitaron al análisis e interpretación de los casos del *corpus iuris civilis*; aunque dicho análisis fue muy significativo, el nuevo método buscó desarrollar no sólo argumentos, sino también reglas, aspecto que ya había observado el *ius commune* de los siglos XVII y XVIII; además, los autores alemanes intentaron hacer que tales reglas de derecho,

---

<sup>89</sup> RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo. *Metodología Jurídica*. Edit. Oxford, México, 2001, pág. 169.

<sup>90</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. Edit. Themis, México, 1996, pág. 355.

<sup>91</sup> Apuntes del curso impartido a los Jueces del Poder Judicial del Estado de México, en Tlalnepantla, año 2002.

<sup>92</sup> VESCOVI, Enrique. *Introducción al Derecho*. Edit. IB de F, Montevideo, Buenos Aires, 2002, pág. 154.

<sup>93</sup> RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo. *Metodología Jurídica*. Edit. Oxford, México, 2001, pág. 170.

<sup>94</sup> VESCOVI, Enrique. *Introducción al Derecho*. Edit. IB de F, Montevideo, Buenos Aires, 2002, pág. 154.

fueran interpretadas dentro del contexto de un sistema general de derecho privado; así, distinguieron dos órdenes o niveles dentro del sistema jurídico:

1.- Formado por las reglas ya mencionadas y,

2.- Formado por las diferentes instituciones a las que aquellas reglas se refirieron, como son: la familia, el matrimonio, la propiedad, etcétera.

Este segundo orden ocupó el papel preponderante, ya que consideraron que las reglas individuales debían ser interpretadas a la luz de la institución a la que pertenecieran, esta postura determinó que la interpretación también sirviera para llenar las lagunas jurídicas que pudieran presentarse, buscando la esencia de la institución correspondiente.

Sin embargo, el historicismo alemán asumió específicamente 3 posturas metódicas: La filológica o gramatical; la histórica; y, la sistemático-filosófica.<sup>95</sup> De esta actitud metódica surgieron la Pandectística, la Dogmática Jurídica y la Jurisprudencia de Conceptos, cuyas posiciones eran formalistas, positivistas y anti-historicistas.<sup>96</sup>

Conforme a la opinión de la escuela, el sistema jurídico debía estar conformado por el conjunto de las instituciones consideradas como básicas, tanto para la interpretación, como para el entendimiento del derecho, y que además de propiciar la ordenación del material jurídico, fueran también la base de la ciencia del derecho, ya que en torno a este sistema debía desarrollarse todo el razonamiento jurídico.

---

<sup>95</sup> SAVIGNY, F. K. V. *Metodología Jurídica*, traducción J.J. Santa-Pinter. Edit. Ediciones de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1979. Pág. 11.

<sup>96</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Aproximación a la Escuela Histórica del Derecho*, Revista Boletín de la Facultad de Derecho núm. 14, Madrid, España, 1999. Pág. 41.

Probablemente inspirándose en el derecho natural sostuvieron también que el derecho privado es la suma de reglas que gobierna la existencia entre personas libres, considerando además que el derecho subjetivo visualizado como una facultad de obrar, es un espacio de libertad regido por la voluntad de una persona libre.

La escuela descartó el trabajo de glosadores y comentaristas, para volver a los textos romanos originales, tanto del *corpus iuris civilis*, como del derecho romano anterior, tarea que se facilitó por el descubrimiento de las *Instituciones* de Gayo, en 1816.

Hay dos consecuencias importantes de esta corriente:

i. Fueron eliminadas las interpretaciones que ampliaban los principios del derecho romano, limitando así muchas reglas del derecho positivo alemán, lo que parece señalar un retroceso en su desarrollo.

ii. Se excluyeron muchas concepciones nuevas incorporadas al derecho romano por el *ius commune*, relativas al derecho mercantil por ejemplo; lo anterior, trajo como consecuencia el alejamiento de la escuela histórica de muchas instituciones y problemas del momento en algunas áreas jurídicas iusprivatistas que no se encontraban en el derecho romano, tales como las relativas a patentes y derechos de autor, restringiendo el interés de la escuela únicamente a los campos que se podían encontrar en el *corpus iuris*.

El nombre de Escuela Histórica deriva precisamente de la prioridad que sus autores otorgaron a la investigación histórica del derecho y a la acuciosa investigación de las fuentes jurídicas, lo que representa el gran mérito de esta corriente del pensamiento jurídico que tuvo como resultado la creación de una

verdadera historia del derecho, con base en la idea del espíritu del pueblo que se compone de las costumbres, de la lengua y de las creencias populares.<sup>97</sup>

La preocupación por aplicar a la dogmática jurídica y el interés por el pasado, para basarla en el derecho romano logró que la teoría y el sistema de la escuela representaran una verdadera ciencia del derecho, pues creó la historia del derecho como disciplina científica, la cual debía servir para elaborar un sistema de conceptos jurídicos.

Como la compilación justiniana contenía en su mayor parte al derecho privado, la escuela histórica se dedicó al estudio de esta área jurídica, que además, fue el principal elemento de la recepción y sirvió de base a la doctrina romanística del derecho europeo.

La crítica que se puede hacer a esta escuela, es que evita el planteamiento axiológico de preguntarse ¿cómo determinar si lo que ha sido establecido como derecho, vale intrínsecamente como derecho?, o ¿si el derecho existente debe ser llamado derecho? preguntas que no se satisfacen ni quedan contestadas por el dato empírico de la mera existencia o antigüedad del derecho.<sup>98</sup>

Asimismo se olvida que el derecho aparece y se perfecciona a través del transcurso del tiempo, de la lucha de clases que conlleva la creación de una legislación con objetivos inspirados por ideas de oportunidad y progreso.<sup>99</sup>

También se le ha criticado por su extremada acentuación del carácter espontáneo de las instituciones jurídicas y por tender a un distanciamiento entre la teoría y la práctica.<sup>100</sup>

---

<sup>97</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. Edit. Themis, México, 1996, pág. 350.

<sup>98</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Aproximación a la Escuela Histórica del Derecho*, Revista Boletín de la Facultad de Derecho núm. 14, Madrid, España, 1999. Pág. 40.

<sup>99</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. Edit. Themis, México, 1996, pág. 370.

<sup>100</sup> RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo. *Metodología Jurídica*. Edit. Oxford, México, 2001, pág. 172.

Con todo y estas críticas, la realidad es que, de acuerdo al proceso histórico, la historia es historia del presente, que estudia el pasado como parte de un presente que fue, pero que es en sí por siempre, historia.<sup>101</sup>

#### 2.4. La Pandectística Alemana.

La corriente llamada "jurisprudencia elegante" nació en Francia, pero se introdujo en Alemania y propició el desarrollo de otra corriente del pensamiento jurídico, el llamado *usus modernus pandectarum* o utilización contemporánea de las *Pandectas*, nombre de origen griego con el que también se designa al *Digestum* de Justiniano.<sup>102</sup>

En primer término, debe recordarse que las *Pandectas* o *Digesto*, fue una obra jurídica publicada en el año 533 por el emperador Justiniano, constituida por una serie de citas emitidas por los jurisconsultos clásicos, la cual, se hallaba integrada de tres partes: el *Digestum Vetus*, el *Infortiatum* y el *Digestum Novum*.<sup>103</sup>

*Pandecta* es el nombre que se dio a la versión griega del *Digesto*, de Justiniano, y posee como campo semántico aquello que lo abarca todo, en este caso, todo el derecho.<sup>104</sup> A su vez, el vocablo *Digesta*, deriva del verbo *digerere*, que significa meter en orden, recopilar, ordenar, clasificar y que indicaba una clase de obra literaria con la cual los juristas romanos ilustraban, según su orden establecido, todo el sistema de derecho vigente.<sup>105</sup>

---

<sup>101</sup> CARVAJAL ARAVENA, Patricio Hernán. *La Historia del Derecho y la Historiografía Jurídica Alemana del Siglo XX*. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Vol. XXXII, Valparaíso Chile, 2010, pág. 455.

<sup>102</sup> CARRASCO GARCÍA, Consuelo. *La exceptio non numeratae pecuniae en los tratados de Pandectas del siglo XIX: Una aproximación al método de la Pandectística y sus resultados*, Revista Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo LXXIII, Madrid, 2003, pág. 432.

<sup>103</sup> GARCÍA GALLO, Alfonso. *Manual de la Historia del Derecho Español*. Edit. Artes Gráficas y Ediciones, Madrid 1972, Pág. 183.

<sup>104</sup> FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo. *Diccionario de derecho romano*. Edit. Sea, Buenos Aires, pág. 185.

<sup>105</sup> RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan N. *Pandectas Hispano-Mexicanas*, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980. Pp. XXVIII-XXIX.

En el siglo VI, las comisiones designadas por el emperador Justiniano, para la compilación de la jurisprudencia, recibieron el encargo de integrar un tratado completo del derecho aún vigente que, por pertenecer a la época clásica, únicamente podía conocerse mediante las obras de los prudentes.

Estos fragmentos debían ser ordenados por materias en títulos y libros, procurando evitar las repeticiones y las contradicciones modificando incluso el tenor original cuando fuere necesario; a esta recopilación se le denominó *Digesta* o *Pandectae*.<sup>106</sup>

A la postre, la *Pandectística* alemana se constituyó como una doctrina jurídica europea del siglo XIX que trataba de analizar los textos del derecho romano recurriendo al método de la dogmática jurídica<sup>107</sup>, esto es, buscando la extracción de principios, así como la deducción de conceptos jurídicos nuevos basados en la abstracción a partir de conceptos anteriores.

Floris Margadant afirma que la pandectística alemana, que estudió el *corpus iuris*, pero sobre todo, el *Digesto*, era una de las grandes corrientes culturales del siglo XIX que produjo una especie de segunda recepción del derecho romano, cuyos conductos eran ahora, no las autoridades jurisdiccionales, sino los centros universitarios.<sup>108</sup>

La pandectística alemana fue propiamente una corriente jurídica que floreció en la segunda mitad del siglo XIX y que estudiaba los textos del *Corpus Iuris Civilis* para crear a partir de ellos, una dogmática jurídica.<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> Ob. Cit. Pág. XXIX.

<sup>107</sup> Nota: En Alemania, Hugo Doneau fundó en el siglo XVI, la escuela Dogmática cuyo propósito fue sistematizar el estudio del derecho romano, pero sin concederle mucha importancia a su evolución histórica, sin embargo, a la muerte de su fundador, la escuela cayó en decadencia.

<sup>108</sup> FLORIS MARGADANT, S. Guillermo. *El Derecho Privado Romano*. Edit. Esfinge S.A. de C.V. Naucalpan, México, 1995, pp. 88-89.

<sup>109</sup> RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan N. *Pandectas Hispano-Mexicanas*, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980. Pág. XXX.

Por ello se considera que esta corriente de pensamiento constituye un punto de partida importante y significativo en la evolución del derecho alemán, sin soslayar desde luego que de ellas se derivaron las escuelas que en el siglo XIX y XX, fueron fuertes opositoras a la exégetica francesa.

Ahora bien, si se considera incuestionable poder atribuirle un carácter dogmático a la Pandectística, también debe estimarse indudable que esta corriente de pensamiento, antes de devenir en dogmática, se presentó como histórica.<sup>110</sup>

El carácter histórico que se ha atribuido a la Pandectística, deriva del hecho de que guarda un profundo respeto por la historicidad de los fenómenos sociales y jurídicos, de esta suerte, sigue una orientación diferente a la del racionalismo, en tanto que el derecho ya no consiste en un sistema de leyes producto de un legislador racional; el derecho es visto como el resultado de la evolución histórica del pueblo.<sup>111</sup>

De igual modo, las complejas construcciones conceptuales de esta doctrina (Pandectística Alemana), dieron lugar a una escuela conocida como “Jurisprudencia de Conceptos”, la cual será tratada en las líneas que siguen.

No sobra decir que en la Pandectística Alemana, prevalece un elemento común: las Pandectas del derecho romano, pues éstas constituyen su objeto de estudio; a diferencia de la escuela exegética que tenía como objeto de estudio el Código de Napoleón.

La pandectística centró su atención en el derecho romano pero sólo como medio para determinar qué elementos de la tradición romana, fueron objeto de

---

<sup>110</sup> CARRASCO GARCÍA, Consuelo. *La exceptio non numeratae pecuniae en los tratados de Pandectas del siglo XIX: Una aproximación al método de la Pandectística y sus resultados*, Revista Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo LXXIII, Madrid, 2003, pág. 428.

<sup>111</sup> Ob. Cit. Pág. 430.

recepción; por ello se afirma que se trata de un historicismo orientado al presente.<sup>112</sup>

En resumen, la pandectística alemana puede reducirse a la siguiente fórmula:

Estudio del derecho romano justiniano (carácter historicista) + perspectiva actual + conocimiento científico (carácter dogmático) = Pandectística.

## 2.5. La Jurisprudencia Dogmática.

En el siglo XIX, el auge de las ciencias empíricas empezó a manifestarse en las humanidades, es por ello que la jurisprudencia necesitó dejar de ser un conjunto de glosas y recetas prácticas para convertirse en ciencia.

La jurisprudencia se ocupa de un derecho positivo para construir a partir de él un sistema unitario y coherente; el medio para construir este sistema, es la lógica jurídica.<sup>113</sup>

Esta escuela tiene como representante, especialmente en lo que a métodos de interpretación se refiere, a Rudolf Von Ihering (1818-1892)<sup>114</sup>; su presupuesto básico es el positivismo; la misión de la ciencia jurídica es investigar los materiales concretos suministrados por el derecho positivo, elaborarlo y formar una unidad sistemática mediante procedimientos lógicos.

El sistema jurídico es un conjunto de normas, reglas y principios jurídicos que permite regular cualquier caso posible de la vida social. De ahí que no existan lagunas; las incongruencias e incertidumbre de la ley son siempre satisfechas mediante la creación de normas derivadas de los principios generales del sistema.

---

<sup>112</sup> Ob. Cit. Pág. 445.

<sup>113</sup> HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Edit. Espasa Calpe, Madrid, 1988. Pág. 101.

<sup>114</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. Edit. Themis, México, 1996, pág. 371.

El sistema jurídico se construye primero inductivamente, partiendo del derecho positivo; se busca lo particular de la norma hasta llegar a los principios o dogmas generales que subyacen a ella, y en los cuales, todas las disposiciones unitarias convergen sistemáticamente; por tanto, todas las consecuencias lógicas de tales principios serán también reglas que completarán el sistema.<sup>115</sup>

Para Ihering, la interpretación de la ley es parte de la construcción del sistema jurídico; él concibe a la ciencia jurídica como aquella que nos lleva a la construcción de un orden sistemático del derecho.

En la construcción de la ciencia jurídica, la interpretación constituye el primer paso que realiza el jurista, puesto que la interpretación explica la materia jurídica dada, con el objeto de determinar los principios en que se encuentra fundamentada, y así, delimitar sus posibles consecuencias.

De esta forma, tal construcción jurídica de acuerdo con Ihering, se debe someter a ciertas reglas:

a.- La construcción doctrinal aplicada al derecho positivo. La construcción parte del derecho dado.

b.- Ausencia de contradicción. Las construcciones no deben ser inconsistentes, ni contradictorias.

c.- Belleza jurídica, entendida como un estilo artístico traducido en sencillez, claridad, transparencia y coherencia del lenguaje.

El resultado de todo este procedimiento es el sistema jurídico; dicho sistema va a proveer al juez o al jurista de una regla abstracta para solucionar todos los casos que la variedad de situaciones de la vida social les presente. Este es el

---

<sup>115</sup> Ob. Cit. Pág. 371.

procedimiento de interpretación del derecho positivo. Todas las incertidumbres, incongruencias y lagunas de la ley serán resueltas deduciendo los principios y dogmas del sistema jurídico basado en esta escuela.<sup>116</sup>

Las escuelas histórica y dogmática del derecho produjeron los más grandes adelantos de la ciencia jurídica alemana; su influencia fue decisiva para la producción doctrinal de la escuela alemana de derecho privado, lo que se tradujo en el Código Civil alemán.

La crítica que se puede formular a esta escuela, es que en razón de su formalismo basado en el positivismo jurídico, termina por ignorar, al igual que la escuela histórica alemana, a la axiología jurídica, y de esta guisa, evade el planteamiento de, si la norma jurídica vale intrínsecamente por sus cualidades morales.

Además, se ha puesto en controversia si, efectivamente, la construcción llevada a cabo por la ciencia jurídica es una construcción correcta, puesto que nada garantiza que las deducciones e inferencias de las reglas particulares derivadas de los principios bases del sistema, que a su vez devienen del derecho positivo, sean correctas.

Finalmente, también se puede criticar su extremo radicalismo epistemológico, en cuanto que fija su atención única y exclusivamente en la sistematización del material jurídico dado (derecho positivo), olvidándose así de los procesos sociales en los que la escuela historicista fundó su base metodológica.<sup>117</sup>

## **2.6. La Jurisprudencia de Conceptos.**

La metodología de esta escuela resulta de suma importancia en el ámbito práctico del derecho contemporáneo; su tarea consistía en elaborar la ciencia

---

<sup>116</sup> Ob. Cit. pp. 372 y 373.

<sup>117</sup> Ob. Cit. Pág. 373.

jurídica partiendo de un sistema conceptual, utilizando rigurosas construcciones jurídicas a fin de lograr un sistema jurídico cerrado, exento de contradicciones.<sup>118</sup>

La Jurisprudencia de Conceptos nace del postulado del derecho canónico que admite que una laguna del derecho se forma, no sólo a partir del vacío de la ley, sino también de su oscuridad. Al respecto, señala que la oscuridad tiene su origen en la vaguedad y en la ambigüedad de los términos en que se halla redactada una legislación, por tanto, la jurisprudencia debe esforzarse por definir de una manera más clara todos los vocablos jurídicos, para de esta forma, llevar a cabo un razonamiento tan exacto como el matemático.<sup>119</sup>

Comparte el mismo objeto de estudio que la Jurisprudencia Dogmática: el derecho positivo, al señalar que no hay más derecho que el que cada ordenamiento jurídico reconoce y otorga a los gobernados<sup>120</sup>; lo anterior es visible por la elaboración y análisis de conceptos sobre el derecho legislado. En esta escuela se tratan los conceptos jurídicos con un método normativo riguroso, con exactitud matemática y lingüística teniendo como fin la libertad de discusión sistemática para la realización de la máxima garantía jurídica.<sup>121</sup>

El maestro Rodríguez Cepeda, menciona como representantes de esta escuela a Bernard Windscheid, Georg Jellineck, Karl Bergbohm, Ernst Rudolf Bierling, T.E. Hollans y también a Rudolf Von Ihering.<sup>122</sup>

Según Tamayo y Salmorán, el representante más ilustre de esta escuela es Bernard Windscheid; para Cisneros Farías, el representante de esta escuela es Ihering<sup>123</sup>, y para Luján Tupez, lo son Puchta, Ihering y Bartholomeyczik<sup>124</sup>;

---

<sup>118</sup> RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo. *Metodología Jurídica*. Edit. Oxford, México, 2001, pág. 176.

<sup>119</sup> CASTIVO ALVA, José Luis, LUJÁN TÚPEZ, Manuel y ZAVALA RODRÍGUEZ Róger. *Razonamiento Judicial. Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales*, Edit. Ara Editores, Perú, 2006, pp. 331-332.

<sup>120</sup> CISNEROS FARÍAS, Germán, *La Interpretación de la Ley*. Edit. Trillas, México, 2001, pág. 102.

<sup>121</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. Edit. Themis, México, 1996, pág. 374.

<sup>122</sup> RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo. *Metodología Jurídica*. Edit. Oxford, México, 2001, pág. 177.

<sup>123</sup> CISNEROS FARÍAS, Germán. *La Interpretación de la Ley*. Edit. Trillas, México, 2001, pág. 102.

<sup>124</sup> CASTIVO ALVA, José Luis, LUJÁN TÚPEZ, Manuel y ZAVALA RODRÍGUEZ Róger. *Razonamiento Judicial. Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales*, Edit. Ara Editores, Perú, 2006, pp. 329.

aunque resulta coherente considerar que Ihering, sea uno de los principales precursores, dado que existen características muy similares tanto en la escuela Dogmática iniciada por este mismo autor, como en la Conceptual, que hacen suponer en ambas corrientes de pensamiento intervino Ihering.

Ejemplo de estas similitudes son, su objeto de estudio, que lo constituye en ambos casos el derecho positivo; y además, el afán por encontrar, la primera (escuela dogmática), los principios jurídicos que subyacen al derecho positivo para atacar todas las incertidumbres, incongruencias y lagunas de la ley, deduciendo los principios y dogmas del sistema jurídico; y en ésta (la conceptual), el análisis conceptual del derecho positivo a efecto de lograr un sistema cerrado, coherente y sin contradicciones.

Windscheid considera que la interpretación es el procedimiento analítico que permite superar la incertidumbre y adscribir a los términos de la legislación un significado propio; pero la interpretación inicia con la determinación de los conceptos contenidos en las normas, para luego reducirlos en sus partes constitutivas; habiéndose analizado todos los conceptos que se encuadran en los preceptos legales, y una vez desarrollados los elementos contenidos en aquellos, entonces, de acuerdo con Windscheid, tendremos un conocimiento completo del contenido de los conceptos del derecho, y por tanto, un conocimiento pleno del derecho positivo, esta es la forma de garantizar la seguridad en su aplicación.<sup>125</sup>

La interpretación vista desde esta perspectiva, permitirá explicar la materia, resolver las contradicciones, disipar las oscuridades e imprecisiones, esclarecer la voluntad del legislador, y en sí, deducir de las disposiciones existentes el principio en que están basadas.

---

<sup>125</sup> HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Edit. Espasa Calpe, Madrid, 1988. Pág. 102.

En resumen, la interpretación no crea nada nuevo, simplemente aclara lo existente en la ley; la misión del intérprete será por tanto, formar una unidad sistemática mediante procedimientos lógicos conceptuales.<sup>126</sup> En el plano de la lógica, recurre al principio de la no contradicción, para tal efecto, analiza las notas características de la construcción conceptual, y así, valorando la consistencia de tales notas, determina si existe o no contradicción entre conceptos.<sup>127</sup>

Los métodos para interpretar el material jurídico, son el analítico conceptual, el inductivo y deductivo, pues del análisis de los conceptos jurídicos particulares, se inducirá hasta llegar al principio que les sirve de fundamento, y viceversa, partiendo de la generalidad del principio encontrado, se podrán deducir las consecuencias.<sup>128</sup>

El derecho privado alemán se caracteriza por incorporar los estudios de derecho romano desde el punto de vista científico y sistemático, aprovechando sus métodos para el estudio del derecho germánico.

La interpretación jurídica para esta escuela, consiste en la actividad tendente a reformular el derecho positivo, para lo cual, como se ha expuesto, habrá que realizar construcciones y sistematizar conceptos utilizando los métodos analítico, inductivo y deductivo con base en los procedimientos de la lógica formal.<sup>129</sup>

La desventaja que se le atribuye a esta doctrina radica en que se olvida de la importancia que poseen los intereses individuales y el desenvolvimiento social para el establecimiento de un marco normativo, siendo que estos factores son de los que se compone todo sistema jurídico.<sup>130</sup>

---

<sup>126</sup> CISNEROS FARIAS, Germán. *La Interpretación de la Ley*. Edit. Trillas, México, 2001, pág. 104.

<sup>127</sup> CASTIVO ALVA, José Luis, LUJÁN TÚPEZ, Manuel y ZAVALETA RODRÍGUEZ Róger. *Razonamiento Judicial. Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales*, Edit. Ara Editores, Perú, 2006, pág. 329-330.

<sup>128</sup> RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo. *Metodología Jurídica*. Edit. Oxford, México, 2001, pág. 177.

<sup>129</sup> Ob. cit. pág. 176.

<sup>130</sup> Ob. cit. pág. 177.

Otra crítica que se plantea sobre esta escuela es la limitación que se da en su área de estudio, pues sólo se desenvuelve en un plano conceptual, dejando de lado por completo de la necesidad de profundizar sobre la realidad factual.<sup>131</sup>

No obstante lo anterior, se puede afirmar que el papel de la jurisprudencia de conceptos se circunscribe a lo siguiente: Fijar de manera clara y precisa el sentido de los términos jurídicos, de modo que, a partir de los textos legales, se pueda hacer posible un razonamiento tan estricto, tan riguroso y tan exacto, como el que se lleva a cabo en el sistema matemático.<sup>132</sup>

## 2.7. La Jurisprudencia de Intereses.

Esta corriente surge como una reacción directa contra la Jurisprudencia de Conceptos, parte de un nuevo método; su estudio del derecho lo lleva a cabo teniendo en cuenta la vida, sustrayéndolo del primado de la lógica donde estuvo sumergido largo tiempo; los elementos que maneja la jurisprudencia de intereses pueden ser muy variados, desde económicos, científicos, ideales religiosos, etc., todos ellos alimentan la vida humana, y por consecuencia, la experiencia jurídica.<sup>133</sup>

El papel de la Jurisprudencia de Intereses consiste en extraer conceptos ordenadores que permitan sistematizar los mandatos y los intereses, con el objeto de llevar a cabo una elaboración y clasificación de ellos buscando constantemente y como fin último, un efecto concreto en la sociedad. Se sostiene que la aplicación del derecho debe centrarse en la ponderación de los intereses en conflicto para

---

<sup>131</sup> CASTIVO ALVA, José Luis, LUJÁN TÚPEZ, Manuel y ZAVALA RODRÍGUEZ Róger. *Razonamiento Judicial. Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales*, Edit. Ara Editores, Perú, 2006, pág. 331.

<sup>132</sup> PERELMAN, Chaim. *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, Trad. de Luis Díez-Picazo, Edit. Civitas, Madrid, 1988, pp. 67, 73, 74, 83 y 84.

<sup>133</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. Edit. Themis, México, 1996, pp. 376-377.

resolver, más que en la ley o en la lógica, en el interés mayormente protegido por el orden público.<sup>134</sup>

Esta escuela surgió a finales del siglo XIX y principios del XX, concebía al derecho como un producto de los intereses que se dan en el interior de la sociedad y que pretenden ser reconocidos; si queremos conocer el derecho debemos centrar la atención en los intereses sociales.<sup>135</sup> La finalidad del derecho reside en la protección de los intereses en general de una sociedad.<sup>136</sup>

Como representantes de esta escuela están Heinrich Stoll, Paul Oertmann y Max Rümelin<sup>137</sup>, sin embargo, el principal representante es Phillip Heck.<sup>138</sup> Luján Túpez agrega a Müller, Erzbach, Wüstendörfer y Egger.<sup>139</sup>

Es una escuela empirista, pues funda en la experiencia toda decisión que no sea deducida directamente de la ley; concede suma importancia al concepto de interés, al respecto dice que la vida es un complejo de intereses que se mueven en distintas direcciones produciendo conflictos; estos conflictos reclaman normas capaces de superarlos, y para ello, la Jurisprudencia de Intereses viene a ser el método o el conjunto de procedimientos idóneos que nos permite encontrar el derecho aplicable, dejando a un lado la misión ordenadora de la ciencia y la formación de conceptos.<sup>140</sup>

Esta corriente postula que hay que atenernos en orden de prelación: a los intereses o valores de la vida; a los intereses dignos de protección; a las

---

<sup>134</sup> CASTIVO ALVA, José Luis, LUJÁN TÚPEZ, Manuel y ZAVALETA RODRÍGUEZ Róger. *Razonamiento Judicial. Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales*, Edit. Ara Editores, Perú, 2006, pág. 328.

<sup>135</sup> RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo. *Metodología Jurídica*. Edit. Oxford, México, 2001, pág. 177.

<sup>136</sup> CISNEROS FARIAS, Germán. *La Interpretación de la Ley*. Edit. Trillas, México, 2001, pp. 104-105.

<sup>137</sup> RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo. *Metodología Jurídica*. Edit. Oxford, 2001, México, pág. 179.

<sup>138</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. Edit. Themis, México, 1996, pág. 376.

<sup>139</sup> CASTIVO ALVA, José Luis, LUJÁN TÚPEZ, Manuel y ZAVALETA RODRÍGUEZ Róger. *Razonamiento Judicial. Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales*, Edit. Ara Editores, Perú, 2006, pág. 328.

<sup>140</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. Edit. Themis, México, 1996, pp. 376-377.

necesidades y problemas de la vida; proclama que hay que sustituir el método de subsunción fundamentado en la lógica formal utilizado por las escuelas exégetica, Jurisprudencia Dogmática y Jurisprudencia de Conceptos, por un enjuiciamiento global de los hechos a la luz de las directrices que marca el sistema jurídico.<sup>141</sup>

La misión del juez para esta escuela es proteger la totalidad de los intereses que el legislador ha considerado dignos de protección<sup>142</sup>; el juez debe reproducir los elementos de interés que existieron durante la creación de la ley para saber cuál es el equilibrio que trata de imponer el legislador; si el derecho es el resultado de fuerzas sociales, es necesario que el juez pondere precisamente las fuerzas que le dieron origen para estar en la posibilidad de captar la finalidad de la ley y poder aplicarla a casos similares o casos extensivos.<sup>143</sup>

La metodología interpretativa que se adopta es la teleológica, pues para interpretar la norma es necesario asumir una dirección finalista en la apreciación íntegra de los intereses, tanto los que gozan de protección, como los que rechaza el legislador<sup>144</sup>, por lo tanto, la función hermenéutica del juzgador se circunscribirá precisamente a encontrar esos fines que fueron determinantes para crear una ley.<sup>145</sup>

De esta forma, la jurisprudencia de intereses propone como sistemática:

- i. El Juez debe resolver según la norma escrita.
- ii. Puede apartarse de la norma en el caso que descubra dos intereses en conflicto, ponderando desde luego desde una visión finalista, cuál es el de mayor valía dentro del sistema jurídico.<sup>146</sup>

---

<sup>141</sup> RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo. *Metodología Jurídica*. Edit. Oxford, México, 2001, pág. 178.

<sup>142</sup> CISNEROS FARIAS, Germán. *La Interpretación de la Ley*. Edit. Trillas, México, 2001, pág. 105.

<sup>143</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. Edit. Themis, México, 1996, pp. 376-377.

<sup>144</sup> RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo. *Metodología Jurídica*. Edit. Oxford, México, 2001, pág. 178.

<sup>145</sup> CISNEROS FARIAS, Germán. *La Interpretación de la Ley*. Edit. Trillas, México, 2001, pág. 105.

<sup>146</sup> CASTIVO ALVA, José Luis, LUJÁN TÚPEZ, Manuel y ZAVALA RODRÍGUEZ Róger. *Razonamiento Judicial. Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales*, Edit. Ara Editores, Perú, 2006, pág. 328.

La importancia que se le puede atribuir a esta escuela es que introduce en el terreno de la teoría del derecho y de su aplicación, dos conceptos: la idea finalista y la idea del interés.

Es importante señalar que la inclusión del método teleológico<sup>147</sup> permite en la práctica encontrar gran cantidad de soluciones paralelas, optando siempre por la que encuadre con los intereses que pretendió proteger el legislador. De esta manera, el juez puede encontrar patrones de interpretación que permitan hacer extensivas las leyes a casos similares, mientras satisfagan desde luego, el mismo género de intereses.<sup>148</sup>

Es importante señalar que esta escuela de interpretación no ha tenido plena eficacia debido a que hoy en día sigue imperando el positivismo jurídico, que en la práctica limita al juez a conformarse con una subsunción lógica de la norma sin realizar una ponderación real e los intereses en juego que participan en la elaboración de leyes o que son paralelos a esta elaboración.

Una crítica que se ha formulado a esta escuela es que el interés no puede erigirse como único criterio metódico, puesto que el derecho no sólo es el resultado de la superestructura de los intereses o el reflejo de éstos, sino que constituye una fracción de todo ese gran complejo jurídico.

---

<sup>147</sup> Nota. Es el método que lleva a cabo el intérprete tomando en consideración el fin social perseguido por el legislador, que se contiene en la disposición legal, esto es, el por qué y para qué de la norma.

<sup>148</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. Edit. Themis, México, 1996, pág. 377.

## 2.8. La Escuela Científica Francesa.

Esta escuela representa una crítica definitiva a la exégesis y al riguroso conceptualismo jurídico alemán. Instauro una concepción metodológica en la que distingue entre ciencia y técnica del derecho. Existen notables juristas dentro de esta corriente, por ejemplo, Thaller, Planiol, etcétera, empero Francois Geny es el más distinguido de esta escuela.<sup>149</sup>

Geny emprende una crítica a los métodos tradicionales de interpretación del derecho, primeramente ataca la identificación de la ley escrita con el derecho, posición positiva de varias escuelas, particularmente de la exégesis. La escuela es principalmente una reacción en contra de los procedimientos mecánicos de interpretación y aplicación del derecho.<sup>150</sup> Esta escuela coincide en algunas cuestiones con la escuela tradicional<sup>151</sup>; reconoce límites a la interpretación de la ley, y considera que una vez agotadas las posibilidades de que ella proporcione una solución, se debe recurrir a las demás fuentes formales y a la libre investigación científica.<sup>152</sup>

El punto de partida de esta corriente es la distinción entre ciencia y técnica, la cual tiene como base la distinción entre el dato y lo construido<sup>153</sup>; el dato formula la regla de derecho tal como resulta de la naturaleza de las cosas, lo construido hace referencia al trabajo artificial que tiende a establecer la regla jurídica en el precepto susceptible de influir en la vida. Esto es, la ciencia tiene por objeto constatar los datos de la naturaleza y los hechos, el contenido de la técnica es la construcción jurídica, no los datos de la naturaleza. Los datos pueden ser naturales, históricos, racionales o ideales.

---

<sup>149</sup> HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Edit. Espasa Calpe, Madrid, 1988. Pág. 155.

<sup>150</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho*, Edit. Themis, México, 1996, págs 378.

<sup>151</sup> Nota del autor. La escuela tradicional es la Exegética.

<sup>152</sup> VESCOVI, Enrique, *Introducción al Derecho*, Edit. IB de F, Montevideo Buenos Aires, 2002. Pág. 161.

<sup>153</sup> HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Edit. Espasa Calpe, Madrid, 1988. Pág. 159.

- i. Datos reales o naturales. Son las condiciones físicas y morales: clima, suelo y producción, constitución anatómica y fisiológica del hombre, religión, situación económica, política y social. Si bien estas realidades no crean directamente la norma, sí delimitan sus contornos. Por ejemplo, la diferenciación natural de los seres humanos por sexo, da lugar a una unión sui géneris entre el hombre y la mujer; este dato real, el derecho lo recoge y lo reglamenta como institución de matrimonio.
- ii. Datos históricos. Se encuentran constituidos por costumbres, religión, leyes, instrumentos de interpretación y aplicación, de la que resultan preceptos que sirven de marco para la conducta humana. Este es el producto de la historia, es el derecho postulado por la vida. En el caso anterior, la unión de seres humanos de sexos opuestos, al cabo de una elaboración histórica se presenta como una unión monogámica que la técnica jurídica denomina matrimonio.
- iii. Datos racionales. Como el dato real no basta y necesita ser fecundado por el histórico, así tampoco el dato histórico es suficiente, por lo cual requiere de otro elemento: el racional, que es el que permite asegurar la elaboración científica del derecho objetivo. Se halla integrado por las reglas jurídicas de conducta que la razón deriva de la naturaleza humana y de su contacto con el mundo, las cuales se presentan con un carácter de necesidad, universalidad e inmutabilidad que les asigna un lugar preeminente entre las reglas jurídicas. En el caso del matrimonio, la razón nos dice que debe asimilarse como una unión estable, permanente, fundada en un acuerdo de voluntades.
- iv. Datos ideales. Es el conjunto de aspiraciones humanas, tendencias hacia lo deseable dentro de una organización jurídica. Es un dato de la vida susceptible de contribuir a la elaboración del derecho, de carácter

puramente ideal, porque no representa ni realidades, ni condiciones racionales.

De esta forma, la escuela científica francesa, concluye que todos estos datos intervienen en la elaboración del sistema jurídico, sólo que el dato racional es el elemento realmente científico, pues deriva de una actividad intelectual que penetra en la esencia de las cosas por sus propios medios de conocimiento sin la ayuda de otros factores.<sup>154</sup>

La técnica, es concebida por Geny, como un auxiliar de la ciencia y la clasifica en dos categorías: a) la creación de formas, que son los elementos de exteriorización de la regulación jurídica (formalidades y procedimientos); y, b) la determinación de conceptos. Entre las formas se encuentran las fuentes formales del derecho positivo como son la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina. La determinación de conceptos consiste en las operaciones fundamentales que lleva a cabo el jurista para la construcción del sistema positivo.<sup>155</sup>

La ciencia y la técnica, no siempre son paralelas o consecutivas, son posibles conflictos entre éstas, sin embargo, como lo construido no encuentra justificación sin el dato, se colige que el dato domina lo construido.<sup>156</sup>

Geny parte de la tesis de que la ley no es la única fuente del derecho, pero sí la más importante del derecho moderno; la ley no puede ser un mero producto racional, en su elaboración intervienen elementos fácticos, psicológicos, biológicos, económicos, entre otros, por ello considera un error oponer la interpretación gramatical a la interpretación lógica, ya que ambas se complementan.

---

<sup>154</sup> HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Edit. Espasa Calpe, Madrid, 1988. Pp. 160-161.

<sup>155</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho*, Edit. Themis, México, 1996, pág. 378.

<sup>156</sup> HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Edit. Espasa Calpe, Madrid, 1988. Pág. 165.

Otra característica es que el juez no debe sujetarse solamente al texto de la ley, sino que también se le debe dejar en libertad para encontrar la norma aplicable al caso concreto.<sup>157</sup>

Al igual que en las anteriores escuelas, sobre esta también se han planteado algunas críticas; por ejemplo, la primera se dirige a la separación entre la ciencia y técnica. Donati y Bonnacase señalan que dicha separación es imposible. La técnica jurídica no es un momento cronológico o sistemáticamente sucesivo al de la ciencia, sino que constituye con ésta una unidad.

Otra crítica señala que en el dominio de la interpretación de la ley el método de Geny no se diferencia del método dominante que reposa sobre el mismo postulado fundamental de la inmovilidad de las reglas jurídicas. Sólo en el dominio asignado a la libre investigación científica, específicamente en el de la integración es donde el método de Geny se separa de los métodos dominantes.<sup>158</sup>

En resumen, de acuerdo a la concepción de Geny, el derecho es una construcción racional establecida sobre elementos suministrados por la naturaleza<sup>159</sup> y analizados sobre una base histórica, racional e ideal, a partir de los cuales el jurista lleva a cabo la construcción del sistema jurídico.

## 2.9. Escuela del Derecho Libre.

Esta corriente de pensamiento nació con el objeto de atacar la idea del jurista de reducir a un simple silogismo la actividad judicial. Parte de la premisa de que las exigencias de la vida del derecho no puede satisfacerlas únicamente la ley, sino que reclama otras fuerzas que contribuyan a su satisfacción, esto, mediante las normas del derecho libre.<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> VESCOVI, Enrique, *Introducción al Derecho*, Edit. IB de F, Montevideo Buenos Aires, 2002. Pág. 161.

<sup>158</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho*, Edit. Themis, México, 1996, pág. 379.

<sup>159</sup> HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Edit. Espasa Calpe, Madrid, 1988. Pp. 161.

<sup>160</sup> Ob. Cit. Pág. 192.

Entre sus autores se encuentran a Herman Kantorowich y Eugen Ehrlich<sup>161</sup>, Adickes, O Bölow, Geny, Thaller, Saleilles, Planiol, Hauriou.<sup>162</sup>

¿En qué radica la postura de la Escuela del Derecho Libre? En que nadie conoce el derecho impuesto por el estado, contenido en códigos. Por el contrario, cada quien vive de acuerdo a un derecho libre conformado por la lengua, la historia, las costumbres y el arte de cada pueblo, pero de ningún modo regido bajo los códigos. Se vive según las normas que a su juicio individual le hacen parecer como un derecho vigente.<sup>163</sup>

Esta escuela proporciona una explicación de la interpretación, es decir, de lo que efectivamente hace un juez cuando busca la norma aplicable.<sup>164</sup> La aplicación del derecho presenta diversas variantes, por ejemplo, la ambigüedad, vaguedad e imprecisión del lenguaje jurídico, las lagunas jurídicas y las antinomias que existen en los textos legales, no obstante, señala que ante todo, el juez debe recurrir a su labor libre y creadora para cumplir con su misión de solucionar la conflictiva social.

Se trata propiamente de una reacción contra la excesiva reglamentación judicial, originada por temor a la arbitrariedad, permitiendo al juez fallar de acuerdo a sus propias convicciones.<sup>165</sup>

Para lo anterior, el juez goza de una libertad absoluta; aunque centra su atención en la ley, no está sujeto a ella, en este caso la libertad se toma como presupuesto indispensable de la justicia. No basta que la ley contenga una solución cierta, ni tampoco que el juzgador se dedique a buscar la voluntad del legislador; debe resolver conforme a la regla que su firme convicción le indique,

---

<sup>161</sup> VESCOVI, Enrique, *Introducción al Derecho*, Edit. IB de F, Montevideo Buenos Aires, 2002. Pág. 162.

<sup>162</sup> RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo, *Metodología Jurídica*, Edit. Oxford, México 2001, págs. 175.

<sup>163</sup> HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Edit. Espasa Calpe, Madrid, 1988. Pág. 192.

<sup>164</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho*, Edit. Themis, México, 1996, Págs. 382.

<sup>165</sup> VESCOVI, Enrique, *Introducción al Derecho*, Edit. IB de F, Montevideo Buenos Aires, 2002. Pág. 162.

así, su actividad se regirá por una función crítica respecto de la norma, y luego, por una función creadora. De esta forma, la certeza de su resolución será el resultado de su criterio.<sup>166</sup>

Esta corriente de pensamiento rechaza tanto el dogma estatista que afirma que derecho es únicamente lo que emana del Estado, como el dogma legalista exegético, que postula que todo el derecho existente se encuentra contenido en la ley. Si bien reconoce a la ley como fuente del derecho, junto a ella y en ciertos casos por encima de ella, coloca factores naturales y sociales. También los adeptos de esta escuela se oponen a la sumisión del juez a los textos legales, por considerar que éste debe ser libre para efectuar una labor creadora.<sup>167</sup>

Su principal característica es que, frente al derecho estatal, se debe presentar un derecho libre, el cual no es derecho natural, sino simplemente el derecho de los individuos y de la comunidad. El derecho libre es un derecho positivo, detrás de él se encuentra un poder, una voluntad, un reconocimiento. Todos los habitantes viven con arreglo al derecho libre, de acuerdo con aquello que las opiniones de su círculo o su juicio individual les presenta como derecho, no como arbitrariedad. El derecho libre constituye el suelo del que el derecho estatal dimana, casi todos los pensamientos legislativos que han existido con anterioridad son principios del derecho libre.<sup>168</sup>

En el tema de la interpretación, la escuela del Derecho Libre afirma que los procedimientos de interpretación o integración son ficticios. Se basan en la suposición ingenua e inconsciente de que exista un legislador que tenga exactamente los mismos deseos del que emplea los métodos de interpretación. En este caso la razón no desempeña el papel decisivo en los métodos de interpretación o en la búsqueda de los argumentos para las decisiones judiciales. Este papel corresponde a la voluntad, los métodos de interpretación se inspiran en

---

<sup>166</sup> HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Edit. Espasa Calpe, Madrid, 1988. Pp. 193.

<sup>167</sup> RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo, *Metodología Jurídica*, Edit. Oxford, México 2001, págs. 174.

<sup>168</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho*, Edit. Themis, México, 1996, págs 382.

la voluntad de conseguir el resultado deseado. El procedimiento de la interpretación revela que el intérprete escoge entre las premisas posibles aquellas que suministran conclusiones deseadas. Este procedimiento, en consecuencia, no resulta de la razón, sino de la voluntad.<sup>169</sup>

Sobre el tenor, afirma Ehrlich que la interpretación es un acto de decisión, los elementos de razón son mera apariencia, tal situación, es habitualmente oscurecida porque los jueces y los juristas cuando resuelven una controversia pretenden justificarla invocando los artículos de una ley, principios jurídicos o reglas de argumentación jurídica, por lo tanto, resulta indispensable destruir esa falsa lógica jurídica para allanar el terreno a la libre observación metódica y a la aplicación práctica del derecho vivo.<sup>170</sup>

Desenmascarando tal procedimiento, la ciencia no será una humilde sirvienta del legislador; las necesidades de la vida jurídica exigen que la ciencia del derecho tenga una función creadora. La ciencia del derecho proporcionará definiciones, conceptos, pero no por construcción, sino dotándoles de aquellas características que los principios del derecho libre suministran. Si la voluntad ha sido elemento integrador de las lagunas, entonces corresponde al derecho libre colmar las lagunas. La ciencia del derecho es una fuente del derecho, al igual que el legislador tiene que colmar las lagunas mediante la dirección del derecho libre.

De todo lo anterior, y para efectos de llevar a cabo la interpretación del derecho, esta corriente establece como metodología la siguiente:

- a. Decidir de acuerdo a la ley.
- b. Si no resultare verosímil la interpretación, decidir conforme a lo que el poder estatal hubiere resuelto.

---

<sup>169</sup> Ob. Cit. Pág 383.

<sup>170</sup> HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Edit. Espasa Calpe, Madrid, 1988. Pp. 193-195.

- c. Si no pudiere formarse una convicción sobre lo que el poder estatal deseara en un determinado caso, resolver conforme al Derecho Libre, sin aplicar la ley vigente.
- d. Resolver conforme a su arbitrio en los casos de insuficiencia u oscuridad normativa.
- e. Exonerar al juez del cumplimiento de la ley.<sup>171</sup>

Existen múltiples críticas que se han suscitado en torno a esta escuela; sin embargo, considero que la crítica más relevante que se puede plantear al respecto es que su concepción libre y creadora del derecho, tende a ocasionar un anarquismo judicial, pues en ese caso, la ciencia jurídica y su campo de aplicación se resolverían en juicio individualistas.<sup>172</sup>

## **2.10. Consideraciones Finales.**

Como pudimos ver, cada escuela jurídica posee cualidades propias de acuerdo al contexto en el que surge; por ejemplo, la exegética francesa, en la que se apoya la corriente positivista del derecho y que centra su estudio en el Código de Napoleón, parte de un racionalismo a ultranza que considera a la razón como el ente capaz de prever y regular cualquier hecho social o natural, o conducta humana; aquí, la actividad judicial se encuentra acotada a una simple función mecánica de la norma y de los hechos, para obtener automáticamente el resultado.

Desde luego que esta corriente fue incapaz de satisfacer el ideal de un Estado de Derecho, por el estatismo normativo que nunca logró estar acorde al dinamismo social en que se desenvuelve cada pueblo.

---

<sup>171</sup> CASTIVO ALVA, José Luis, LUJÁN TÚPEZ, Manuel y ZAVALETA RODRÍGUEZ Róger. *Razonamiento Judicial. Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales*, Edit. Ara Editores, Perú, 2006, pp. 325-326..

<sup>172</sup> HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Edit. Espasa Calpe, Madrid, 1988. Pp.192.

No obstante las limitaciones e inconveniencias teóricas y prácticas que presenta esta escuela, considero que es la de mayor relevancia, porque surgió con la idea de contrarrestar el poder absoluto del soberano e imponer un estado de derecho en el que la norma se aplicara de modo textual, a efecto de no dejar nada al arbitrio del juzgador, que en determinado momento degenerara en arbitrariedades al momento de juzgar; además, la fundación de esta escuela fue el punto de partida de las demás corrientes filosóficas de interpretación de la ley antes analizadas.

Por lo que hace a la escuela Histórico Alemana, se ha visto que pone especial énfasis en dos aspectos fundamentales: en el análisis histórico del derecho teniendo como objeto de estudio el derecho romano, no las compilaciones ni los tratados desarrollados a partir de éste, pues para conocer la esencia de las instituciones jurídicas de ese momento, se creía necesario analizar hasta su raíz la doctrina del pasado; y, en el espíritu del pueblo, pues se consideraba que el derecho era el resultado de esa voluntad popular que reconocía intrínsecamente lo que era digno de tutelarse.

En el caso de la Pandectística alemana, centró su atención en el derecho romano, en específico en el *Digesto* de Justiniano; mediante un análisis dogmático e histórico del *Digesto*, buscaba extraer principios y deducir conceptos jurídicos nuevos a partir de conceptos anteriores, para darles un enfoque actual, mostrando desde luego un profundo respeto por la historicidad de los fenómenos sociales y jurídicos.

Así, el derecho pasó a ser el resultado de la evolución histórica del pueblo; de ahí que la pandectística alemana se pueda comprender bajo la fórmula: Estudio del derecho romano justiniano (carácter historicista) + perspectiva actual + conocimiento científico (carácter dogmático) = Pandectística.

La escuela Jurisprudencia Dogmática, en contraposición a lo anterior, su objeto de estudio fue únicamente el derecho positivo. Consideraba que desentrañando los dogmas y principios que subyacen al sistema jurídico era posible encontrar el verdadero sentido del derecho; empero, esto no es del todo correcto, pues ¿cómo saber si lo que ha sido reconocido en la legislación realmente vale como derecho? para ello es necesario recurrir a un análisis, no sólo de los dispositivos normativos dados por el derecho positivo, sino, como lo hace la corriente historicista, traer la doctrina del pasado para verificar si, efectivamente, las instituciones reconocidas en la norma valen como tal.

La Jurisprudencia de Conceptos, al igual que la Dogmática, parte del derecho positivo, pero a diferencia de ésta, su metodología se basa en una especie de deconstrucción conceptual que permite conocer determinada institución jurídica fijando previamente el campo semántico de cada uno de los conceptos que comprende ésta, para luego en su conjunto, lograr descubrir el sentido total de la institución en estudio. Lo criticado de esta corriente es que sólo se queda en un plano conceptual.

En la Jurisprudencia de Intereses, a diferencia de la anterior escuela, el estudio del derecho ya no se circunscribe a un simple análisis conceptual de las instituciones jurídicas, sino que se recurre al análisis de la norma y del conflicto en específico, para encontrar los intereses que la sociedad ha considerado que realmente son dignos de protegerse, y en consecuencia, realizar una interpretación de la norma desde esa perspectiva.

Dicho de otro modo, esta escuela no se contenta con un análisis dogmático o conceptual del derecho, pues señala que ello siempre será superado por el dinamismo social; lo pertinente en todo caso es buscar los intereses que la sociedad trató de salvaguardar, para que la concreción de la norma aterrice sobre

las cuestiones que realmente tienen repercusión directa y que por tanto, interesan a la comunidad.

La escuela Científica Francesa, representa una crítica tajante a las anteriores escuelas, su punto de partida es la diferenciación entre ciencia y técnica, la cual tiene como base la distinción entre el dato y lo construido, en cuyo caso, el dato, que puede ser de carácter real, histórico, racional o ideal, constituye la base que informa a la ciencia jurídica; y la técnica, se ocupa de la construcción jurídica, a través de la creación de las formas y la determinación de conceptos. De ahí que el dato domine lo construido.

Finalmente, la escuela del Derecho Libre, parte de la idea de que la legislación escrita es insuficiente para colmar las exigencias del derecho, pues difícilmente la gente conoce el contenido de los códigos; en realidad, cada persona vive de acuerdo a un derecho libre conformado por la lengua, la historia, las costumbres y el arte de cada pueblo, que van moldeando la conducta humana.

Por esta razón, el juez goza de amplia libertad para fallar de acuerdo a sus propias convicciones, con independencia de que la norma provea o no de soluciones jurídicas para cada caso; por tanto, la interpretación que se realice será más un acto de voluntad, que un acto de la razón.

Sin embargo, esta postura conlleva enormes riesgos, como es que al permitir la concepción libre y creadora del derecho por parte del juez, se ocasione un anarquismo jurídico en el foro judicial.

A pesar de que estas corrientes de pensamiento tenían como finalidad controvertir los postulados de la escuela exegética positivista, ninguna de éstas logró cimbrar sus bases debido a que partieron del mismo objeto de estudio, la norma escrita; no obstante, en el siguiente capítulo se analizará lo relativo a la

hermenéutica filosófica, que constituye un giro importante para el estudio de la ciencia del derecho.

**CAPITULO III**  
**LA HERMENÉUTICA FILOSÓFICA**



### 3.1. Generalidades.

El desarrollo de la hermenéutica filosófica ha cobrado en la actualidad bastante popularidad dentro de las ciencias humanas, dado que mediante esta disciplina se han logrado establecer las bases de una teoría de la comprensión. Esto ha traído como consecuencia en el ámbito del derecho dejar atrás el paradigma sustentado por la escuela exegética positivista de que la jurisprudencia únicamente puede regirse por las reglas de la lógica formal y de las ciencias duras, apoyadas en el razonamiento silogístico.

Hermenéutica e interpretación han sido siempre términos relacionados, e incluso se podría decir, hasta sinónimos, pues *interpretatio, onis*, es la traducción latina del griego *hermeneia*.

La palabra Hermenéutica, se define como el arte de interpretar textos, y especialmente, el de interpretar los textos sagrados.<sup>173</sup> Debido a esta raíz etimológica, el vocablo *hermeneia* sugiere en cierta forma la idea de una develación de lo oculto, de lo arcano; lo cual tiene sentido considerando que desde la antigüedad clásica la hermenéutica hacía referencia a una búsqueda o reconstrucción de un significado transmitido.<sup>174</sup>

En la mitología griega, *Hermes* era el enviado divino que llevaba el mensaje de los dioses a los hombres; ya en el uso cotidiano, el cometido del *hermeneus*<sup>175</sup> consistía en traducir lo manifestado de modo extraño o ininteligible, al lenguaje inteligible de todos<sup>176</sup>. “*El que quiera hacerse entender como intérprete, debe traducir el sentido expresado*”.

---

<sup>173</sup> Diccionario de la Lengua Española, Edit. Espasa, Madrid, 1992, Pág. 1098.

<sup>174</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*, Edit. Themis, México, 1996, 351 a 353.

<sup>175</sup> Del vocablo *Hermeneus* se deriva el nombre de “hermenéutica”.

<sup>176</sup> ORTIZ OSÉS, Andrés y LANCEROS, Patxi. *Diccionario Interdisciplinar de Hermenéutica*, Edit. Universidad de Deusto Bilbao, España 2006, pp. 180-181.

En sus orígenes, la hermenéutica centró su objeto de estudio en la teología, pues se ocupó de interpretar las sagradas escrituras, sin embargo, con el paso del tiempo, viendo que analizaba cuestiones derivadas de las ciencias humanas, sufrió una evolución que la elevó a ciencia, lo que trajo como consecuencia que su uso se ampliara hasta abarcar en la actualidad las teorías filosóficas del sentido, el significado y la comprensión, así como las teorías literarias de la interpretación textual.

En la tarea hermenéutica, el intérprete goza de una amplia libertad a fin de poder recrear el pensamiento propio del autor y de este modo lograr incluso una aproximación más auténtica al sentido del mensaje original.

La “hermenéutica” también es concebida como un arte, pues sigue connotando en la actualidad la antigua procedencia de la esfera sacra; es el único arte cuyo oráculo debe considerarse decisivo, porque puede comprender y exponer algo que está reservado: un discurso extraño o la opinión de otros; es un *ars*<sup>177</sup>, como la oratoria o el arte de escribir; pero también es una destreza práctica, porque para aproximarse al sentido de algo requiere observar determinados procedimientos.

Cualquiera que sea la forma en que se le conciba, ciencia, arte o técnica, la labor de la “hermenéutica” será siempre esa transferencia de un mundo a otro, desde el mundo de los dioses al de los humanos, desde el mundo de una lengua extraña, al mundo de la lengua propia, desde una cultura ajena a otra, o bien, desde un texto, a la acción.

Otro aspecto importante sobre la hermenéutica radica en que, si bien el nacimiento de esta ciencia surgió con motivo de la interpretación de textos sagrados, ello no significa que se deba limitar a un análisis lingüístico del texto, ya

---

<sup>177</sup> Ars: arte, habilidad, talento, cualidades. Cita: PIMENTEL, Julio. *Diccionario Latín-Español, Español-Latín*, Edit. Porrúa, México 2002. pág. 690.

que la distancia del mensaje hace imprescindible una reconstrucción del texto dentro de su ámbito vital.

Por ende, se habla de que la hermenéutica debe abarcar una pre-comprensión de las diversas formas de manifestaciones de la vida en sus aspectos histórico, social, cultural, lingüístico, semántico, retórico, integral, pues todos estos enfoques subyacen a la teoría hermenéutica.

Como hemos visto hasta aquí, la palabra “hermenéutica” cubre diversos niveles de reflexión, nos contentaremos con atribuirle como campo semántico, el del arte de la comprensión que se requiere cuando el sentido de algo no está claro<sup>178</sup>, para lo cual, no sólo es necesario poseer este arte, el de la interpretación, sino además, saberlo justificar teórica y metodológicamente.

A propósito de la justificación teórica que implica una interpretación hermenéutica, en la mayoría de los casos entran en conflicto variadas interpretaciones, esto presupone la presencia de una controversia entre diversos argumentos verosímiles de significados o sentidos posibles.

La idea de una controversia de argumentos, convierte la tarea del hermeneuta en una labor difícil que hace que se deba echar mano de una serie de procedimientos mediante los cuales, confrontándose las posibles interpretaciones, se logre obtener una válida, desde el punto de vista de lo razonable desde luego, por tratarse de una ciencia humana.

Con esto no pretendo decir que siempre será posible encontrar un único criterio correcto de solución para todos los casos prácticos, dado que en algunas circunstancias valdrá cierta interpretación, y en otras no; lo que intento señalar es que la solución probable que se llegue a adoptar, a pesar de que provenga de un abanico de múltiples posibilidades de interpretación, debe tener la plausibilidad

---

<sup>178</sup> GADAMER, Hans Georg. *Verdad y Método II*, Edit. Sígueme Salamanca, España 2006, pp. 95-118.

suficiente para convencer a un auditorio por ser consistente, coherente, bien reconstruida y compatible con su ámbito vital y con su historia.

Enseguida analizaremos algunas de las corrientes hermenéuticas contemporáneas con el afán de extraer sus fundamentos epistemológicos con los cuales es posible darle soporte a la hipótesis inicial de la que partió el presente proyecto de investigación, de que la ciencia jurídica, por tratarse de una ciencia humana, no es posible regirse por las reglas de la lógica formal o por el método de las ciencias duras, como lo consideró en su momento la corriente positivista del derecho, sino que es necesario recurrir a una concepción del derecho, donde la norma positiva se complementa con los principios morales sociales que subyacen a todo ordenamiento jurídico.

### 3.2. La Hermenéutica de Schleiermacher.

Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher, teólogo nacido en Breslavia (1768-1834); la formación de la hermenéutica como ciencia se le debe en gran medida a él, quien la desarrolló bajo los presupuestos de los filólogos F.A. Wolf (1759-1824)<sup>179</sup> y F. Ast (1776-1841)<sup>180</sup>.

Anterior a Schleiermacher, la hermenéutica se encontraba dividida en dos grandes ramales, la filología de los textos clásicos, y, la exégesis de los textos sagrados.<sup>181</sup> No obstante la formación teológica de este autor, se inclinó por tratar de unificar a la hermenéutica y fundamentar teóricamente el procedimiento que compartían los filólogos y teólogos en un plano más profundo, en una relación de comprensión de las ideas<sup>182</sup>, para colocarla por encima de la particularidad de los textos y de las reglas, y de este modo, consolidarla como una ciencia a la que

---

<sup>179</sup> Lo característico del siglo XVIII es dogmatismo de apelar a la intención del autor; Wolf, entendía a la hermenéutica como el arte de comprender pensamientos, compilaciones o enunciados orales de otra persona, bajo la condicionante de que la validez de la interpretación residía en el reconocimiento de la intención del autor.

<sup>180</sup> Ast distinguía tres formas de explicación: la de la letra (gramatical); la del sentido (histórica); y, la del espíritu (espiritual). La letra es el cuerpo o el velo del espíritu, en la cual el espíritu invisible se vuelve visible; el sentido es lo que anuncia y explica el espíritu. Estos modos de comprensión implican el círculo que de lo particular remite a lo universal y viceversa. Ast es quien anticipa la fusión entre Hermenéutica, Filología e Historia, que tematizará Dilthey a finales del siglo XIX.

<sup>181</sup> RICOEUR, Paul. *Del Texto a la Acción*, Edit. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina 2010, pág.73.

<sup>182</sup> GADAMER, Hans Georg. *Verdad y Método I*, Edit. Sígueme Salamanca, España 2005, pág. 231.

subyace, no sólo un procedimiento metodológico que se limita a la simple realización de operaciones matemáticas, sino que exige la subordinación de las reglas particulares de la exégesis, a la problemática general del arte del comprender.

La interpretación y la comprensión son conceptos estrechamente relacionados, tan es así, que de acuerdo al autor que se aborda, todos los problemas de interpretación son en realidad problemas de la comprensión; visto así, la hermenéutica entra en juego entonces cuando se presenta alguna dificultad comunicativa que impide interpretar, y por consecuencia, comprender el sentido de cualquier mensaje oral o escrito<sup>183</sup>.

Es por ello que, contrario a la idea de que la comprensión se produce *per se*, lo que en realidad se produce por sí mismo es el malentendido; de ahí que a la hermenéutica la conceptualice como el arte de evitar el malentendido.

Para los filólogos de aquella época, la comprensión era el punto de partida de la interpretación, mientras el malentendido aparecía como un incidente evitable con técnicas de ajuste; empero, para Schleiermacher, la perspectiva era invertida, el punto de partida era el malentendido, lo extraño, la oscuridad del texto y del interlocutor, lo que se refiere a la distancia temporal<sup>184</sup>. A partir de esto, la interpretación debía superar el malentendido inicial basándose en el arte de la comprensión.

Para tal efecto, era necesario disponer de un canon de reglas de interpretaciones gramaticales y psicológicas que se apartaran por completo de cualquier atadura dogmática de contenido<sup>185</sup>; esto es, se debe disociar a la filología de los discursos clásicos, de la exégesis de los textos sagrados, para unificarla en una hermenéutica general integral.

---

<sup>183</sup> FERRARIS, Mauricio. *Historia de la Hermenéutica*, Edit. Siglo xxi Editores, México 2007, pág. 109.

<sup>184</sup> Ob. Cit. Pág. 110.

<sup>185</sup> GADAMER, Hans Georg. *Verdad y Método I*, Edit. Sígueme Salamanca, España 2005, pág. 238.

Las reglas gramaticales se constituyen por los conocimientos objetivos, conceptuales e históricos que permiten abrir el sentido significado partiendo de la comparación o de la conexión de las afirmaciones; en tanto que las reglas psicológicas se constituyen por presentar el sentido de manera inmediata.<sup>186</sup>

Sin embargo, a pesar de que Schleiermacher, hace referencia a la interpretación gramatical y a la psicológica, coloca frente a la primera, la interpretación psicológica o “*subtilitas intelligendi*”<sup>187</sup>, en virtud de que lo que se busca mediante la comprensión, no es tanto el objeto que se trata de comprender, como sucedió con las interpretaciones de los textos sagrados, sino la individualidad del hablante.<sup>188</sup>

De ahí que se diga que este autor posee una doble dimensión, la crítica y la romántica; crítica, por establecer como propósito fundamental de la hermenéutica, la lucha contra la mala comprensión bajo el adagio “*hay hermenéutica cuando hay mala comprensión*”; y, romántica, por el afán de comprender a un autor, tanto y aún mejor de lo que él se comprendió a sí mismo.<sup>189</sup>

Así, al mezclarse el elemento gramatical con el psicológico, surge una relación de tipo circular<sup>190</sup> (del todo a las partes y viceversa), que conlleva a que la hermenéutica se entienda como aquella reconstrucción histórica y adivinatoria, objetiva y subjetiva de un discurso dado<sup>191</sup>, cuyas funciones consisten en comprender el discurso como extraído de la lengua (gramatical) y comprenderlo como un dato del sujeto pensante (psicológico); es este el momento de fundición

---

<sup>186</sup> ORTIZ OSÉS, Andrés y LANCEROS, Patxi, Voz: *Historia de la Hermenéutica. Diccionario Interdisciplinar de Hermenéutica*, Edit. Universidad de Deusto, España, Bilbao 2006, pág. 210.

<sup>187</sup> Entendido este como la capacidad del intérprete para entender la totalidad de un texto en sí mismo, colocándose en la génesis psicológica del autor. Fuente: FERRARIS, Mauricio. *Historia de la Hermenéutica*, Edit. Siglo xxi Editores, México 2007, pág. 109.

<sup>188</sup> GADAMER, Hans Georg. *Verdad y Método I*, Edit. Sígueme Salamanca, España 2005, pág. 238.

<sup>189</sup> RICOEUR, Paul. *Del Texto a la Acción*, Edit. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina 2010, pág. 75.

<sup>190</sup> GADAMER, Hans Georg. *Verdad y Método I*, Edit. Sígueme Salamanca, España 2005, pp. 332-333.

<sup>191</sup> ORTIZ OSÉS, Andrés y LANCEROS, Patxi, Voz: *Historia de la Hermenéutica. Diccionario Interdisciplinar de Hermenéutica*, Edit. Universidad de Deusto, Bilbao España, 2006, pág. 210.

de los elemento gramatical y psicológico<sup>192</sup>, que hace posible la finalidad de la hermenéutica: comprender.

De ahí que si la comprensión es un acto dirigido a penetrar la génesis del discurso (gramatical) en la psicología del autor (psicológico), hay en ello entonces una praxis hermenéutica, no sólo en la comprensión solitaria de un escrito aislado, sino en la comprensión de cualquier tipo de discurso antiguo, moderno, escrito u oral.

Schleiermacher, parte de dos premisas relevantes que acentúan con mayor razón la importancia que éste le imprime a la interpretación psicológica; la primera, la idea que en la equiparación del discurso oral con el escrito, conlleva implícitamente una subvaloración de la distancia temporal que separa a una expresión comunicativa viviente, respecto a los documentos escritos<sup>193</sup>; la segunda, el hecho de que la ajeneidad y oscuridad del otro son indicadores de la imposibilidad que existe para un horizonte finito como es el lenguaje, de consumir hasta el fondo un núcleo infinito como es el individuo.

Por ello es que interpretar, sea para él en un principio, aproximarse sin éxito a una totalidad de sentido que no será plenamente alcanzada, porque al ser factible extraer del individuo y del lenguaje una infinitud de sentidos posibles, la labor del hermeneuta en sí, siempre será una tarea inacabable<sup>194</sup>.

Gadamer<sup>195</sup> concuerda con Ferraris, en cuanto a que la individualidad es relativamente para Schleiermacher, un misterio que nunca se abre del todo, pero que se puede traspasar con el sentimiento y con una comprensión inmediata, por ser la hermenéutica un arte y no un procedimiento mecánico.

---

<sup>192</sup> FERRARIS, Mauricio. *Historia de la Hermenéutica*, Edit. Siglo xxi Editores, México 2007, pp. 108-110.

<sup>193</sup> Ob. Cit. Pág. 110.

<sup>194</sup> Ob. Cit. Pág. 110.

<sup>195</sup> GADAMER, Hans Georg. *Verdad y Método I*, Edit. Sígueme Salamanca, España 2005, pág. 245.

Esto es, si se toma en cuenta que cada individualidad es una manifestación total del vivir, entonces, cada uno lleva en sí mismo un mínimo de las particularidades de los demás, y esto, estimula por consecuencia la adivinación por comparación entre los sujetos<sup>196</sup>, por ende, el método del comprender tendrá como base, lo común por comparación, y lo peculiar por adivinación.

Es así que para superar la distancia temporal a la que se le denomina “equiparación con el lector original”<sup>197</sup>, se debe partir de una comprensión adivinatoria, que implica un presentir espontáneo a partir de un sentimiento vivo y de una comprensión comparativa, basada en una multiplicidad de conocimientos gramaticales e históricos que permiten abrir el sentido significado mediante la comparación o conexión de las afirmaciones<sup>198</sup>, pero, por cuanto ambos elementos deben actuar conjuntamente para lograr la comprensión, se puede vislumbrar aquí un vaivén hermenéutico.<sup>199</sup>

Considerar únicamente la lengua común en su aspecto ontológico (comprensión comparativa basada en el elemento gramatical), es olvidarse del autor; comprender al autor en su singularidad solamente (comprensión adivinatoria), es olvidar su lengua<sup>200</sup>, es decir, bien se percibe lo común, o bien, lo propio; es necesario que el elemento gramatical, se centre y se refunda con la singularidad y genialidad del sujeto que la escribe<sup>201</sup>, para poder colocarse en la génesis del texto y la peculiaridad del autor, y de ese modo, lograr una mejor comprensión.

De esto surge otro aspecto fundamental que toca Schleiermacher, la idea de que se debe “comprender a un autor mejor de lo que él mismo se habría comprendido”<sup>202</sup>; esto no sólo se trata de un precepto filológico, ni tampoco se

---

<sup>196</sup> Ob. Cit. Pág. 244.

<sup>197</sup> Ob. Cit. Pág. 245.

<sup>198</sup> ORTIZ OSÉS, Andrés y LANCEROS, Patxi, *Voz: Historia de la Hermenéutica. Diccionario Interdisciplinar de Hermenéutica*, Edit. Universidad de Deusto, Bilbao España, 2006, pág. 210.

<sup>199</sup> NIETO, Alejandro. *El Arbitrio Judicial*. Edit. Ariel, Barcelona Madrid, 2000, pp. 85-87.

<sup>200</sup> RICOEUR, Paul. *Del Texto a la Acción*, Edit. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina 2010, pp. 74-75.

<sup>201</sup> Ob. Cit. Pág. 75.

<sup>202</sup> GADAMER, Hans Georg. *Verdad y Método I*, Edit. Sígueme Salamanca, España 2005, pág. 250.

refiere únicamente a la pretensión filosófica de reivindicar la capacidad a través de una mayor claridad conceptual para superar las contradicciones que se suscitan en un texto; tiene que ver más con la hermenéutica vista como un arte.

El arte se concibe como una expresión no unida a la cosa o a la verdad del objeto<sup>203</sup>; mientras que Newton estaría en condiciones de validar su teoría mediante la explicación del método, ni Cervantes, ni algún otro literato podrían validar el contenido de sus obras. En tal virtud, se debe recurrir a la descomposición-reconstrucción del objeto, para lograr su comprensión.

De esta forma, si bien no se logra comprobar el valor de verdad de una obra de arte, si es factible asumir una actitud intermedia entre la filología, que no se contenta con la mera comprensión del texto, sino con estudiar el lenguaje en su aspecto ontológico, y la filosofía, que supera la letra hasta penetrar en el espíritu y llegar a la esencia o verdad del objeto.<sup>204</sup>

### 3.3. La Hermenéutica de Dilthey.

Wilhelm Dilthey (1833-1911), nació en Briebrich, Renania, Alemania, y estudió en Heidelberg y Berlín<sup>205</sup>, fue precursor de la distinción temática entre el dualismo de las ciencias del espíritu y las ciencias de la naturaleza<sup>206</sup>; su planteamiento parte de una meta epistemológica perseguida en ese entonces que consistía en lograr completar la teoría del conocimiento, pensada exclusivamente para la ciencia natural, con una epistemología de las ciencias del espíritu, del mundo histórico.<sup>207</sup>

---

<sup>203</sup> FERRARIS, Mauricio. *Historia de la Hermenéutica*, Edit. Siglo xxi Editores, México 2007, pág.112.

<sup>204</sup> Ob. Cit. Pág. 112.

<sup>205</sup> FERRARIS, Mauricio. *Historia de la Hermenéutica*, Edit. Siglo xxi Editores, México 2007, pp. 131 a 135.

<sup>206</sup> ORTIZ OSÉS, Andrés y LANCEROS, Patxi, Voz: *Historia de la Hermenéutica. Diccionario Interdisciplinar de Hermenéutica*, Edit. Universidad de Deusto, Bilbao España, 2006, Págs. 210.

<sup>207</sup> DILTHEY, Wilhelm. *Dos Escritos Sobre Hermenéutica*, Edit. Istmo, Madrid, España 2000, pp. 21-25.

Dilthey, partió de la siguiente interrogante ¿es posible que existan las ciencias del espíritu?, es decir, ¿se puede hablar de un conocimiento científico de lo singular, que fuera capaz de adquirir una validez universal?<sup>208</sup>, su respuesta es afirmativa, porque el interior de la individualidad se manifiesta en signos exteriores que pueden ser percibidos y comprendidos como signos de un psiquismo ajeno.

Desde Descartes, la razón moderna parecía operar como si se tratara de una conciencia genérica situada frente a una realidad exterior a la que aborda cognoscitivamente; sin embargo, Dilthey, aseveraba que se debía partir de un saber que, teniendo lugar sólo dentro del sujeto, pudiera referirse objetivamente a un mundo espiritual que abarcan otros sujetos y otros tiempos; para ello, era menester superar la escisión sujeto-realidad, de modo tal, que el sujeto del saber fuera uno con su objeto, pues el ser no es ajeno como puede serlo la cosa física incognoscible.<sup>209</sup>

También atacó la mítica teoría de la verdad como copia fiel de la realidad, pues argumentaba que no bastaba la simple constatación de hechos con la realidad para obtener la verdad, como sucedía con las ciencias naturales, ni la simple comprobación de resultados, como acontecía en las ciencias duras, sino que tratándose de las cuestiones humanas, tenía que operar una fusión muy peculiar entre sujeto y objeto, para obtener una vivencia, y de ese modo, generar conocimiento.<sup>210</sup>

Con base en estos postulados, estableció notables discrepancias entre el dualismo ciencias del espíritu (interpretación) y ciencias de la naturaleza (explicación), las cuales, según su concepto, se diferenciaban por los objetos de estudio y por las diversas modalidades cognoscitivas<sup>211</sup>; las primeras fundadas en un campo dentro del cual el hombre es parte, por lo que visto así, no debía existir

---

<sup>208</sup> RICOEUR, Paul. *Del Texto a la Acción*, Edit. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina 2010, pág. 132.

<sup>209</sup> Ob. Cit. pp. 131-135.

<sup>210</sup> GADAMER, Hans Georg. *Verdad y Método I*, Edit. Sígueme Salamanca, España 2005, pág. 279.

<sup>211</sup> FERRARIS, Mauricio. *Historia de la Hermenéutica*, Edit. Siglo xxi Editores, México 2007, pp. 131 a 135.

distinción entre sujeto y objeto; mientras que las segundas, se basan en fenómenos externos al hombre.

En las ciencias naturales, el hombre sólo incorpora fenómenos distintos de él cuyo carácter fundamental de cosas, se le escapa; en las ciencias humanas, el hombre puede conocer al hombre por más extraño que parezca, porque éste puede dar signos vitales y distintivos de su propia existencia<sup>212</sup>.

Asimismo, las modalidades epistemológicas de las ciencias del espíritu, son extraídas de la vivencia del nombre, en tanto que en las de la naturaleza, son un extracto de la observación del mundo exterior.

Dicho de otro modo, en las ciencias de la naturaleza la observación del fenómeno se separa de las propiedades específicas del fenómeno mismo, pero en las ciencias del espíritu, el conocimiento vital de un sentimiento interno se identifica con aquél sentimiento.

Además, en el plano metodológico se distinguen, por el análisis explicativo que tiene lugar en las ciencias naturales, y por un procedimiento comprensivo descriptivo de las ciencias humanas<sup>213</sup>; por lo que mientras las ciencias naturales se sustentan con explicaciones causales, las del espíritu utilizan categorías axiológicas y teleológicas, tales como *significado, fin, valor*.

De esto resulta un razonamiento trascendente: la explicación causal no modifica la sustancia del fenómeno natural, en tanto que en la comprensión sí, pues los diferentes significados que surjan del fenómeno comprensivo transformarán el objeto estudiado.

---

<sup>212</sup> RICOEUR, Paul. *Del Texto a la Acción*, Edit. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina 2010, pág. 78.

<sup>213</sup> ORTIZ OSÉS, Andrés y LANCEROS, Patxi, Voz: *Historia de la Hermenéutica. Diccionario Interdisciplinar de Hermenéutica*, Edit. Universidad de Deusto, Bilbao España, 2006, pág. 210.

Debido a estas diferencias, considera Dilthey, que las ciencias del espíritu aventajan a todo conocimiento natural, ya que su objetivo no es simplemente el estudio de un fenómeno ofrecido a los sentidos, ni se trata de un mero reflejo de algo, sino que es realidad interna inmediata de una vivencia, que a final de cuentas, se objetiva mediante una expresión<sup>214</sup>.

En efecto, toda comprensión de sentido es una retraducción de las objetivaciones de la vida a la vitalidad espiritual de la que ha surgido; de este modo, el concepto Vivencia (Erlebnis), constituye la base epistemológica de todo conocimiento de cosas.<sup>215</sup>

De lo expuesto hasta aquí, resulta indispensable analizar un concepto central para la comprensión, Vivencia.

El eje de las ciencias humanas es el individuo considerado en sus relaciones sociales, pero fundamentalmente en su singularidad<sup>216</sup>; pues en estas ciencias el mismo ser humano que investiga es el que hace la historia, es decir, sólo podemos conocer históricamente porque nosotros mismos somos historia; por ello es factible el conocimiento histórico con base en la homogeneidad derivada del sujeto y objeto<sup>217</sup>.

El vocablo “Vivir” significa para Dilthey, mediar entre un mundo interno, con el espíritu objetivado en el mundo externo<sup>218</sup>, de este modo, la vivencia formará el acceso a la comprensión, y viceversa, la comprensión presupondrá siempre una vivencia<sup>219</sup>.

---

<sup>214</sup> DILTHEY, Wilhelm. *Dos Escritos Sobre Hermenéutica*, Edit. Istmo, Madrid, España 2000, pp. 25-28.

<sup>215</sup> GADAMER, Hans Georg. *Verdad y Método I*, Edit. Sígueme Salamanca, España 2005, pág. 102.

<sup>216</sup> RICOEUR, Paul. *Del Texto a la Acción*, Edit. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina 2010, pp. 78-79.

<sup>217</sup> GADAMER, Hans Georg. *Verdad y Método I*, Edit. Sígueme Salamanca, España 2005, pp. 281-282.

<sup>218</sup> FERRARIS, Mauricio. *Historia de la Hermenéutica*, Edit. Siglo xxi Editores, México 2007, pp. 131-135.

<sup>219</sup> ORTIZ OSÉS, Andrés y LANCEROS, Patxi, Voz: *Historia de la Hermenéutica. Diccionario Interdisciplinar de Hermenéutica*, Edit. Universidad de Deusto, Bilbao España, 2006, pág. 210.

Gadamer, refiere que los datos primarios a los que se reconduce la interpretación de los objetos históricos, no son datos de experimentación y medición como en las ciencias naturales y naturales, sino unidades de significado, y por tanto, estas unidades de significado son lo que abarca el concepto vivencia.<sup>220</sup>

“Vivir”, es en sí interpretar el propio mundo interior y sus objetivaciones codificadas, es decir, dar significado a las expresiones del espíritu<sup>221</sup>; de ahí que se llegue al postulado de que, si la vida misma se interpreta, es porque tiene una estructura hermenéutica.

Ahora, el nexa estructural de la vida está determinado por una relación circular entre el todo y sus partes<sup>222</sup>; donde para entender realmente ese nexa, es menester *prima facie* comprender mi propia individualidad a la cual yo accedo por comparación con otros, pues sólo así me hago consciente de mi propia existencia; para después, acceder a la existencia ajena, mediante la apreciación de sentimientos y rasgos de los demás<sup>223</sup>.

De esta guisa, al entender mi propia individualidad, y por otro lado, entender la existencia ajena, se logra completar esa relación de tipo circular que imbrica la comprensión.

Desde la perspectiva de Dilthey, una ciencia clave para completar la comprensión, es la psicología, pues así como la hermenéutica le agrega un nivel de comprensión a ésta, la psicología dota a la hermenéutica de un aspecto psicológico<sup>224</sup> en la que es posible determinar como referencia última de interpretación, no precisamente lo que se dice de un texto, sino quien allí se expresa; además, la psicología juega un papel de suma importancia en las

---

<sup>220</sup> GADAMER, Hans Georg. *Verdad y Método I*, Edit. Sígueme Salamanca, España 2005, pág. 102.

<sup>221</sup> FERRARIS, Mauricio. *Historia de la Hermenéutica*, Edit. Siglo xxi Editores, México 2007, pág. 132.

<sup>222</sup> GADAMER, Hans Georg. *Verdad y Método I*, Edit. Sígueme Salamanca, España 2005, pág. 283.

<sup>223</sup> RICOEUR, Paul. *Del Texto a la Acción*, Edit. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina 2010, pp. 76-90.

<sup>224</sup> Ob. Cit. pp. 76-90.

ciencias del espíritu, por ser el individuo el que crea su vivencia en la sociedad y en la historia.

De ahí que el objeto de la comprensión sea desviado de su sentido y de su referencia, para conducirlo hacia la vivencia que allí se expresa; por ello se asevera que Dilthey, conserva el rasgo psicológico distintivo de la hermenéutica de Schleiermacher.

La hermenéutica, vista como una vivencia estructurada por una relación de tipo circular, implica a su vez un sentido práctico, vivencial, esto es, participar en una praxis de vida, y desde este punto de vista interno, saber distinguir la aplicación correcta de las reglas.

Además, esto significa saber captar la interrelación con otros mundos de significado sin los cuales no es posible clarificar la “situación” en la que uno se encuentra.

Por ejemplo, en un delito deportivo, el entrenador de un boxeador tiene una comprensión axiológica inmediata del acto del puñetazo que se profiere en este deporte, por ser partícipe de esta praxis, pero para que otro sujeto logre comprender ese actuar humano, es necesario ubicarse dentro del psiquismo del deportista, y dentro del entorno del boxeo, lo cual le llevaría al conocimiento de las reglas que rigen este deporte, y por tanto, a completar el círculo de la comprensión.

Ahora, si lo que se trata de comprender es un objeto hecho por el hombre y no un comportamiento humano, se tendría entonces que reconstruir en uno mismo, como sujeto del acto del conocimiento, la acción humana necesaria para producirlo o usarlo; sólo en el contexto de la fabricación o en el contexto del uso,

el artefacto tomará sentido, y así, podrá ser comprendido; el objeto que no sé fabricar, ni usar, no tiene sentido, y por tanto, no puede ser comprendido<sup>225</sup>.

Con esto se pone en evidencia que en las ciencias humanas no es posible generar conocimiento, si no existe esa fusión del sujeto-objeto, que permita comprender la praxis de vida, o bien, las condiciones de identidad de la cosa que es materia del conocimiento.

En otro contexto, es importante señalar que cuando se trata de reconstruir un hecho o un objeto del pasado, surgen complicaciones por el espacio temporal que se suscita entre el pasado y el presente; al respecto, es menester puntualizar que todos los productos de la vida y de la historia se remiten en última instancia a su presentación discursiva. Por ello es factible decir que el ser que se debe comprender no es precisamente el hombre o el objeto, sino el lenguaje<sup>226</sup>; por ende, el arte del comprender tendrá su centro en la interpretación de los vestigios de existencia humana contenidos en la escritura.

Para tal efecto, Dilthey, busca en la psicología el rasgo distintivo de la comprensión, pues toda ciencia del espíritu tiene como base la capacidad de colocarse en la vida psíquica de los demás<sup>227</sup>, así, se podrá comprender un texto mediante la reconstrucción del psiquismo de su autor.

Debe recordarse que para este autor, la psicología, era la base de las ciencias del espíritu, aunque más tarde corrigió esta idea y concluyó que entre la psicología y la hermenéutica, existía una relación de complementariedad; por tal motivo fue que instauró a la comprensión o ciencia hermenéutica, como fundamento epistemológico de las ciencias del espíritu<sup>228</sup>.

---

<sup>225</sup> VERNENGO, J, Roberto. *La Interpretación Jurídica*, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, México 1977, pp. 19 y 20.

<sup>226</sup> DILTHEY, Wilhelm. *Dos Escritos Sobre Hermenéutica*, Edit. Istmo, Madrid, España 2000, pág. 33.

<sup>227</sup> RICOEUR, Paul. *Del Texto a la Acción*, Edit. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina 2010, pág.78.

<sup>228</sup> ORTIZ OSÉS, Andrés y LANCEROS, Patxi, *Voz: Historia de la Hermenéutica. Diccionario Interdisciplinar de Hermenéutica*, Edit. Universidad de Deusto Bilbao España, 2006, pág. 210.

Aunado a lo anterior, consideró posible comprender un mundo desaparecido, porque cada sociedad ha creado sus propias estructuras de comprensión al crear mundos sociales y culturales en los cuales ella tiene lugar.

Por tanto, con base en la capacidad de colocarse en el psiquismo de los demás, y bajo los significados, valores y fines adquiridos en la dinámica cultural de cada sociedad, es posible comprender, y por tanto, acceder a un conocimiento historiográfico fundado hermenéuticamente.

Con base en lo anterior, se estima que la dicotomía comprensión-vivencia expuesta por Dilthey, le dan en conjunto a las ciencias del espíritu la posibilidad de llegar a constituir un conocimiento de validez universal<sup>229</sup>, al ser factible establecer una interpretación universalmente válida, a partir del análisis de la vivencia y de su comprensión.

### 3.4. La Hermenéutica de Heidegger.

Martín Heidegger, nació en Messkirch, Baden, (1889-1976), estudió en Constanza y Friburgo, doctorándose en 1913 con una tesis sobre “La teoría del juicio en el psicologismo”<sup>230</sup>; este autor, notablemente influenciado, por Nietzsche, retrae la comprensión hacia la existencia del ser.

Se opone al psicologismo de Dilthey, en cuanto que considera que no sólo se trata de la comprensión psicológica del otro hombre y de sus exteriorizaciones de vida (vivencia), ni tampoco de la comprensión de las formas y estructuras de sentido históricas, sino que se trata en sí de una comprensión más originaria, anterior a la dicotomía explicación-comprensión, la cual se da con el mismo ser de la existencia, en cuanto que ésta es distinguida con la comprensión del ser.<sup>231</sup>

---

<sup>229</sup> DILTHEY, Wilhelm. *Dos Escritos Sobre Hermenéutica*, Edit. Istmo, Madrid, España 2000, pág. 33.

<sup>230</sup> FERRARIS, Mauricio. *Historia de la Hermenéutica*, Edit. Siglo xxi Editores, México 2007, pág. 182.

<sup>231</sup> ORTIZ OSÉS, Andrés y LANCEROS, Patxi, Voz: *Historia de la Hermenéutica. Diccionario Interdisciplinar de Hermenéutica*, Edit. Universidad de Deusto Bilbao España, 2006, Págs. 211.

En Dilthey, la cuestión de la comprensión estaba ligada al problema del otro; la posibilidad de acceder por transferencia a un psiquismo ajeno (ser con), dominaba todas las ciencias del espíritu, desde la psicología a la historia; pero para Heidegger, no es allí donde está el problema; los fundamentos del problema ontológico han de buscarse del lado de la relación del ser en el mundo, y no del lado de la relación con otro.

Dilthey planteaba la problemática de las ciencias del espíritu a partir de un análisis comparativo en los siguientes términos: en las ciencias naturales, el conocimiento de las cosas desemboca en algo desconocido, que es la cosa misma; en cambio, en las ciencias sociales, no hay cosa en sí, porque lo que es el otro, somos nosotros mismos.

Heidegger, en cambio, no comparte este criterio, pues sabe que el otro, al igual que yo mismo, me es más desconocido de lo que pueda serlo cualquier fenómeno de la naturaleza.

Por tales razones, la ontología de la comprensión comienza con una reflexión sobre el *ser-en* (*ser en el mundo*), y no sobre el *ser-con* (*ser con otro*), de esto, la pregunta por el mundo, sustituye el lugar de la pregunta por el otro. Al mundanizar así el comprender, Heidegger, lo despsicologiza.<sup>232</sup>

Por ello, considera que la hermenéutica no es una técnica para la comprensión de un ámbito determinado de textos o de monumentos en el marco de una sistemática de las ciencias del espíritu, como acontece en Dilthey, sino que es más bien el modo de ser, antes que de conocer, de todo sujeto pensante en cuanto ente inmerso en el mundo<sup>233</sup>; de este modo, Heidegger utiliza el concepto hermenéutica en un sentido más amplio y original, que parte de la idea de que la hermenéutica es el intento de definir lo esencial del ser humano que,

---

<sup>232</sup> RICOEUR, Paul. *Del Texto a la Acción*, Edit. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina 2010, pág.85.

<sup>233</sup> FERRARIS, Mauricio. *Historia de la Hermenéutica*, Edit. Siglo xxi Editores, México 2007, pp. 185-186.

comprendiéndose originariamente a partir de sus comportamientos, se proyecta y origina el mundo y la historia que a su vez lo exponen tal y como es.<sup>234</sup>

En este plano, la hermenéutica asume un valor ontológico que la anticipa a cualquier distinción que se haya hecho respecto de las ciencias de la naturaleza y las del espíritu; he aquí la principal diferencia con los anteriores autores, pues mientras que ellos parten de la premisa de separar a ambas ciencias debido a la discrepancia epistemológica, Heidegger, hace referencia a una situación más original entre el mundo concreto y el ser.

Es así, como la teoría del conocimiento de Heidegger, queda invertida por una interrogante que precede a cualquier clase de ciencia (natural o humana), y que es precisamente la manera en que un ser se encuentra con el ser, antes de que se le oponga como un objeto que enfrenta a un sujeto.<sup>235</sup> Debido a esto es que no existe contraposición entre sujeto-objeto, o conciencia-objeto, como lo defiende el pensamiento tradicional, sino una íntima unidad de ambos aspectos denominada Ser en el mundo.<sup>236</sup>

Al hacer referencia a esta íntima unidad entre sujeto y objeto, sale a colación lo relativo al círculo hermenéutico; al respecto, Heidegger, comparte la tesis de Schleiermacher y Dilthey, en cuanto que toda comprensión muestra una estructura circular donde sólo dentro de una totalidad de sentido previamente proyectada, algo se abre como algo.

Dicho de otro modo, el sujeto se lanza al mundo en el momento mismo en que se relaciona con los entes; de esto surge una inversión de perspectiva por la cual el “yo” no es un espectador desinteresado que pueda mirar al mundo de los fenómenos con absoluta independencia de sus prejuicios y presupuestos, sino que se encuentra inmerso en el mundo para hacer posible el conocimiento de los

---

<sup>234</sup> LOZANO DIAZ, Vicente. *Hermenéutica y Fenomenología*, Edit. EDICEP, Valencia España 2006, pág. 48.

<sup>235</sup> RICOEUR, Paul. *Del Texto a la Acción*, Edit. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina 2010, pág. 83.

<sup>236</sup> LOZANO DIAZ, Vicente. *Hermenéutica y Fenomenología*, Edit. EDICEP, Valencia España 2006, pág. 53.

fenómenos, que no será otra pura descripción fenomenológica, sino interpretativa<sup>237</sup>: tan pronto como aparece en el objeto un primer sentido, el intérprete proyecta enseguida un sentido del todo, y es así que quien quiere comprender algo, realiza siempre un re proyectar desde un todo.

La interpretación empieza siempre con conceptos previos que tendrán que ser sustituidos por otros más adecuados, y en este constante re proyectar radica el proceso circular de la comprensión que describe Heidegger.<sup>238</sup>

También señala que el círculo no debe ser degradado a círculo vicioso, pues en él yace una posibilidad positiva de conocimiento más originario, que se basa en no imponer ocurrencias propias, sino asegurar la elaboración científica de la comprensión identificando, desde luego, los prejuicios que conforman el horizonte propio del intérprete<sup>239</sup>.

Por tanto, toda interpretación que deba incluir comprensión, debe iniciar con la identificación de los prejuicios, así como de los conceptos previos que tiene el intérprete sobre la cosa, pero desde una perspectiva que debe ir desde la parte al todo y viceversa.

En cuanto al conocimiento derivado de la verdad entendida ésta como correspondencia entre el mundo concreto y las construcciones conceptuales, pasa a un plano secundario<sup>240</sup>, pues señala que dicho conocimiento, al ser una relación de tipo circular, el sujeto y el objeto entran en un proceso mediante el cual el sujeto sale de su esfera y capta las determinaciones del objeto, para luego retornar a sí y tener conciencia propia de lo captado, teniendo en cuenta que en lo aprehendido va inmerso la relación experiencial, o mejor dicho, el horizonte del intérprete, a través de sus propias estructuras cognoscitivas.

---

<sup>237</sup> FERRARIS, Mauricio. *Historia de la Hermenéutica*, Edit. Siglo xxi Editores, México 2007, pág. 185.

<sup>238</sup> GADAMER, Hans Georg. *Verdad y Método I*, Edit. Sígueme Salamanca, España 2005, pág. 333.

<sup>239</sup> Ob. Cit. pág. 332.

<sup>240</sup> LOZANO DIAZ, Vicente. *Hermenéutica y Fenomenología*, Edit. EDICEP, Valencia España 2006, pp. 58-59.

Con base en lo anterior, el autor conceptualiza a la hermenéutica como la metodología de las ciencias históricas del espíritu.

Vista así, la hermenéutica no se dirigirá entonces a la captación de un hecho o suceso, sino en todo caso, a la aprehensión de una posibilidad de ser; con ello se recalca nuevamente la oposición que representa para este autor la fundamentación epistemológica con la ontológica, que es en esta última donde radica la esencia de la hermenéutica.

Es menester señalar además que al Ser, se le ha considerado como algo que está delante, como una presencia constante y presente que se reduce a una cuestión temporal, empero, para Heidegger, el Ser es una experiencia fáctico histórica que se traduce en un continuo proyectarse hacia el futuro desde un pasado, comprobando así si el tiempo es un horizonte posible para comprender el Ser, teniendo como marco conceptual el prejuicio, el horizonte y el círculo de la comprensión.

Finalmente, la filosofía de Heidegger, no es una filosofía del lenguaje, pues para él, éste sólo se presenta después de la comprensión y la interpretación del mundo, es decir, el mundo se fundamenta a partir del Ser como horizonte de intelección que nos es asignado onticohistóricamente, para después, fundamentar este horizonte histórico de comprensión en el lenguaje, lo que implica que el horizonte histórico de la intelección se constituya en el lenguaje mismo.<sup>241</sup>

Por ello afirma que la función suprema del lenguaje se reduce a hacernos ver el mundo concreto, a adscribir términos a los objetos del mundo que ya nos resultan comprensibles apriorísticamente, con lo que se pone de manifiesto la dependencia del lenguaje respecto de las estructuras ontológicas que lo preceden: “El discurso es articulación significativa de la estructura del ser en el mundo”.<sup>242</sup>

---

<sup>241</sup> ORTIZ OSÉS, Andrés y LANCEROS, Patxi, Voz: *Historia de la Hermenéutica. Diccionario Interdisciplinar de Hermenéutica*, Edit. Universidad de Deusto, Bilbao España, 2006, pág. 212.

<sup>242</sup> GADAMER, Hans Georg. *Verdad y Método I*, Edit. Sígueme Salamanca, España 2005, pp. 331-335.

### 3.5. La Hermenéutica de Gadamer.

Hans George Gadamer, nació en Marburgo en 1900; en el año 1922 alcanzó el doctorado en filosofía en Natorp, fue discípulo de Heidegger, en Friburgo<sup>243</sup>; su filosofía parte de dos corrientes de pensamiento importantes, Dilthey, por un lado, y Heidegger, por otro.

Inicia su planteamiento problematizando el concepto de método que subyace a las ciencias; con esto pretende dejar en claro que la verdadera aporía que presentan las ciencias del espíritu al pensamiento, es que su esencia no queda totalmente aprehendida si se mide con base en el patrón del conocimiento progresivo de las leyes naturales<sup>244</sup>.

Dicho de otro modo, la experiencia histórica y social no se eleva a ciencia por el procedimiento que la rige como en el caso del conocimiento experimental, sino más bien, logra su cometido de ciencia por el acto del comprender el fenómeno mismo desde su concreción histórica, única e irrepetible.

Puntualiza Gadamer, que la hermenéutica es una teoría filosófica confrontada con nuestro mundo cultural actual en el que se realiza una peculiar idolatría de la ciencia; empero, se olvida que el entendimiento de los hombres entre sí es algo más que un mero problema técnico<sup>245</sup>.

Conviene señalar al respecto que si bien Dilthey, pretendió dotar a las ciencias del espíritu de una autonomía metodológica similar a la que gozan las ciencias naturales, Gadamer, concluyó que eso no es posible, pues no existe un modelo metódico propio de las ciencias del espíritu<sup>246</sup>, sino en todo caso, sólo existe la

---

<sup>243</sup> FERRARIS, Mauricio. *Historia de la Hermenéutica*, Edit. Siglo xxi Editores, México 2007, pág. 202.

<sup>244</sup> GADAMER, Hans Georg. *Verdad y Método I*, Edit. Sígueme Salamanca, España 2005, pp. 31-35.

<sup>245</sup> ORTIZ OSÉS, Andrés y LANCEROS, Patxi, Voz: Gadamer, Hans George. *Diccionario Interdisciplinar de Hermenéutica*, Edit. Universidad de Deusto, Bilbao España, 2006, Págs. 180-181.

<sup>246</sup> GADAMER, Hans Georg. *Verdad y Método I*, Edit. Sígueme Salamanca, España 2005, pp. 36-37.

hermenéutica como una teoría filosófica que tiene como referente la totalidad de nuestro acceso al mundo.<sup>247</sup>

De esta forma, pretende reivindicar la verdad de aquellas formas de experiencia como la estética, la ética y la lingüística, que no se someten al ideal del conocimiento metódico de la ciencia moderna.<sup>248</sup>

Así, a través de la hermenéutica Gadamer aproxima las ciencias del espíritu a otros tipos de experiencia que son ajenos a la ciencia basada en el método, por ejemplo a la experiencia filosófica, a la experiencia del arte y a la experiencia de la historia, en las cuales se anuncia una verdad que no puede ser verificable por medio de los recursos metódicos de la ciencia.<sup>249</sup>

El concepto de verdad de las ciencias físico matemáticas o experimentales es el concepto de verdad como correspondencia entre la representación mental y el objeto del mundo exterior, que puede ser verificable por medio de la experiencia sensitiva, sin embargo, cuando se analiza un texto, un comportamiento social, un hecho del pasado, una obra de arte, se accede a una verdad que no puede verificarse del mismo modo que se verifican las afirmaciones sobre el mundo concreto<sup>250</sup>; es aquí donde juega su papel fundamental la hermenéutica.

Claro que para acceder a esta verdad, Gadamer, reivindica conceptos humanistas tales como *formación*, *sensus communis*, *la capacidad del juicio*, *el gusto*.

El vocablo “formación”, lo vincula de manera estrecha con el concepto de la cultura y designa en primer lugar el modo específicamente humano de dar forma a las disposiciones y capacidades del hombre. En la formación uno se apropia por

---

<sup>247</sup> ORTIZ OSÉS, Andrés y LANCEROS, Patxi, Voz: *Historia de la Hermenéutica. Diccionario Interdisciplinar de Hermenéutica*, Edit. Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2006, XIII.

<sup>248</sup> Ob. Cit. pág. 151.

<sup>249</sup> FERRARIS, Mauricio. *Historia de la Hermenéutica*, Edit. Siglo xxi Editores, México 2007, pág. 204.

<sup>250</sup> LOZANO DIAZ, Vicente. *Hermenéutica y Fenomenología*, Edit. EDICEP, Valencia España 2006, pág. 90.

entero de aquello en lo que uno se forma; en la formación alcanzada nada se pierde, todo se guarda, por ello es que se trata de un concepto histórico que se va generando paulatinamente en el devenir de la vida, este carácter histórico que genera conservación es de lo que se trata en la comprensión de las ciencias del espíritu.

La idea es que en cuanto que el hombre adquiere un poder, una habilidad, gana con ello un sentido de sí mismo; de igual forma, reconocer en lo extraño lo propio y hacerlo familiar es el movimiento fundamental del espíritu cuyo ser no es sino retorno a sí mismo desde el ser otro; de esta forma, cada individuo que asciende desde su ser natural hacia lo espiritual encuentra en el idioma, costumbres e instituciones de su pueblo una sustancia dada que debe hacer suya de un modo análogo a como adquiere el lenguaje; el retorno a sí, es lo que constituye la esencia de la formación.

De esta guisa, lo que convierte en ciencias a las ciencias del espíritu, se comprende mejor desde la tradición del concepto de formación que desde la idea de método de la ciencia moderna.<sup>251</sup>

En cuanto al *sensus communis*, (sentido comunitario), contradice la mítica teoría de la generalidad abstracta de la razón, pues comparte la idea de una generalidad concreta que representa la comunidad de un grupo, de un pueblo, de una nación o del género humano en su conjunto, basada en un saber práctico que genera un sentido de lo justo y del bien común que vive en todos los hombres, y que se adquiere a través de la comunidad de vida.

Se trata de una filosofía moral del sano entendimiento humano que hace justicia a la vida en sociedad.<sup>252</sup>

---

<sup>251</sup> GADAMER, Hans Georg. *Verdad y Método I*, Edit. Sígueme Salamanca, España 2005, pp. 38-48.

<sup>252</sup> Ob. Cit. pp. 48-61.

La capacidad del juicio, llamada también entendimiento común, se caracteriza por la capacidad de juzgar, es decir, de aplicar correctamente lo que se ha aprendido y lo que se sabe; Gadamer, señala que todo el mundo tiene sentido común, es decir, capacidad de juzgar.<sup>253</sup>

Ahora, al concepto de Gusto, Gadamer le atribuye cierta referencia a un modo de conocer, pero dicho modo no permite argumentos, pues en cuestiones de gusto no cabe argumentar, aunque no obstante posee una pretensión de validez, lo que se corrobora de la sentencia “el buen gusto”.

El Gusto, comparte similitud con el Sentido, en tanto que no dispone de un conocimiento razonado previo; cuando algo no Gusta, no es posible exponer las razones de ello, empero, tal aserto se sostiene con total seguridad; por lo tanto, este fenómeno debe determinarse como una capacidad de discernimiento espiritual.

A diferencia del *sensus communis*, el gusto no es un sentido comunitario que dependa de una generalidad empírica o de la evidencia constante de los demás, sin embargo, con él se designa una manera propia de conocer.<sup>254</sup>

Una vez rehabilitados los conceptos básicos del humanismo, Gadamer, en su primer capítulo se dedica a aclarar el problema de la verdad sobre la base de la experiencia artística, para así, recuperar el valor de verdad contenido en las obras de arte.<sup>255</sup>

Señala este autor a manera de parangón, que la verdad del teorema de Pitágoras es una verdad objetiva o idéntica que posee un único y mismo sentido, que siempre se transmite de la misma manera y comunica lo mismo a todas las

---

<sup>253</sup> Ob. Cit. pp. 61-66.

<sup>254</sup> Ob. Cit. 66-74.

<sup>255</sup> FERRARIS, Mauricio. *Historia de la Hermenéutica*, Edit. Siglo xxi Editores, México 2007, pp. 204 y 205.

personas y en todas las épocas, sin embargo, cuando una persona comprende la novela *Don Quijote*, o la obra teatral *Hamlet*, o el cuadro de la *Mona Lisa*, no acontece la misma verdad del teorema de Pitágoras, sino una verdad hermenéutica o participativa, pues todos estos elementos tienen campos semánticos diferentes para las personas según su época y su propio horizonte.

Aquí, la verdad hermenéutica sólo se da si es verdad para mí, si me incluye, mientras que si es una verdad para todos, abstracta e impersonal, entonces es una verdad objetiva, como la verdad del teorema de Pitágoras<sup>256</sup>.

Para que se produzca la experiencia estética que permite acceder a la verdad hermenéutica, no es suficiente que una persona contemple un cuadro o asista como espectador a una representación teatral; la experiencia estética exige que el sujeto se apasione y vaya más allá de la apariencia objetiva de la obra, que se produzca un juego de la representación durante el cual el sujeto se abandona completamente, dejando de ser conciencia dominante, al mismo tiempo que la obra va adquiriendo sentido o identidad en tanto que acontece o se conforme, en tanto que alguien la contempla u observa<sup>257</sup>.

La experiencia estética no es una experiencia completamente subjetiva o completamente objetiva, sino que es un proceso participativo durante el cual el sujeto pierde en cierto modo su identidad para recuperarla más plenamente.

A diferencia de lo que ocurre en la teoría del conocimiento tradicional utilizada por las ciencias naturales, en la comprensión estética no puede distinguirse entre verdad y sentido.

Según la teoría tradicional del conocimiento, un hecho o un juicio poseen sentido si son razonables, si se refieren a algo, si tienen un propósito o una meta, y sólo entonces puede haber o no verdad, lo que debe verificarse o comprobarse

---

<sup>256</sup> PEGUEROLES, J. *La Hermenéutica de Gadamer*. Edit. Facultad de Teología de Catalunya, Madrid 1998, pág. 38.

<sup>257</sup> GADAMER, Hans George. *Verdad y Método I*, Ediciones Sígueme Salamanca, España 2006, pp. 108-120.

por la experiencia; verbigracia, si yo digo está lloviendo, esta afirmación posee un sentido, es razonable y se refiere a algo, y si quiero comprobar su verdad puedo salir a la calle para verificar la verdad o falsedad de la afirmación; pero en la comprensión estética si hay sentido ya hay verdad, la verdad o sentido es aquello que acontece y el sujeto incorpora a su experiencia del mundo y de sí mismo.

Es más, ni siquiera puede haber una comprensión estética falsa o errónea, sino que se produce o no se produce, la verdad hermenéutica acontece o no acontece.

Ahora bien, si la comprensión de la obra de arte o de un texto del pasado que realiza un ser humano está mediada por sus características particulares y por la época en la que se encuentra, está condicionada por el propio horizonte histórico, parece que se desemboca en el relativismo; pero según Gadamer lo que sucede no es que se revelen en una única situación o momento como un todo terminado, sino que van revelando diferentes aspectos suyos, se van conformando a partir de las diferentes experiencias estéticas o comprensiones históricas que originan en los diferentes sujetos y que van configurando dicha obra de arte o dicho texto histórico, que le van dando su sentido o verdad.<sup>258</sup>

La relación de la obra es una mediación entre nuestro presente de intérpretes y las huellas y el sentido del pasado que nos han sido transmitidos, y en ese tenor, explicita la comprensión como integración entre sujeto y objeto, como pasado y presente; por lo tanto, no cabe duda de que la estética debe resolverse en la hermenéutica, porque como se ha visto, la integración de horizontes permite restituir el significado de la experiencia estética.<sup>259</sup>

En lo relativo al papel que juega la verdad en las ciencias del espíritu, Gadamer sostiene que lo que prefigura en el modo del conocimiento de las

---

<sup>258</sup> ZÚÑIGA, J.F. *El Diálogo como Juego. La Hermenéutica Filosófica De Hans-George Gadamer*. Edit. Universidad de Granada, España 1995, pp. 202-217.

<sup>259</sup> FERRARIS, Mauricio. *Historia de la Hermenéutica*, Edit. Siglo xxi Editores, México 2007, pp. 204-206.

ciencias históricas es en particular el sufrimiento y la enseñanza que de la dolorosa experiencia de la realidad resulta para el que madura hacia la comprensión; es decir, las ciencias históricas tan sólo continúan el razonamiento empezado en la experiencia de la vida. Por lo tanto, resulta irrelevante si nuestros propios conceptos coinciden con el mundo exterior, pues el mundo histórico es ya siempre un mundo formado por el espíritu humano.<sup>260</sup>

Sin embargo, se plantea la interrogante ¿cómo se eleva la experiencia del individuo y su conocimiento a experiencia histórica? Al respecto, señala que tal posibilidad es viable dado el nexo estructural de la vida entre el todo y las partes.<sup>261</sup>

Cuando comprendemos un hecho o un texto histórico formamos parte de la totalidad de la historia y nos sujetamos a su continuidad, pues es el bagaje de la continua influencia del pasado es lo que en general nos capacita para progresar en la comprensión.

Sale a colación sobre el tenor dos conceptos fundamentales en la teoría de Gadamer, el círculo hermenéutico y el prejuicio.

El círculo hermenéutico, parte de la regla de comprender el todo desde la individualidad y lo individual desde el todo; la anticipación de sentido que hace referencia al todo sólo llega a una comprensión explícita a través del hecho de que las partes que se determinan desde el todo determinan a su vez a este todo; la tarea en sí es ampliar la unidad del sentido comprendido círculos concéntricos.<sup>262</sup>

El círculo describe a la comprensión como la interpenetración del movimiento de la tradición y del movimiento del intérprete, de donde resulta una anticipación

---

<sup>260</sup> GADAMER, Hans George. *Verdad y Método I*, Ediciones Sígueme Salamanca, España 2006, pág. 280.

<sup>261</sup> Ob. Cit. pág. 284.

<sup>262</sup> Ob. Cit. 360-361.

de sentido (prejuicio) que se determina desde la comunidad que nos une con la tradición.

En la Ilustración, el *prejuicio* tenía un matiz negativo, era el juicio que se formaba antes de su convalidación, y adquiriría dicho matiz negativo puesto que sólo la garantía del método confería al juicio su dignidad científica.

Según la Ilustración, la falta de fundamentación del juicio no dejaba espacio a otros modos de certeza; sobre esta base reposó el espíritu racionalista.<sup>263</sup>

No obstante, señala Gadamer que lo consagrado por la tradición y por el pasado posee una autoridad que se ha hecho anónima, y nuestro ser histórico y finito está determinado por el hecho de que la autoridad de lo transmitido, y no sólo lo que se acepte razonadamente tiene poder sobre nuestra acción y sobre nuestro comportamiento; por ello, al margen de los fundamentos de la razón, la tradición conserva algún derecho y determina nuestras instituciones y comportamiento; de ahí que cobra especial relevancia el concepto "*prejuicio*".<sup>264</sup>

Expuestos estos conceptos, es menester analizar ahora el significado de la distancia en el tiempo.

La hermenéutica parte de que el que quiere comprender está vinculado al asunto que se expresa en la tradición; la posición entre extrañeza y familiaridad que ocupa para nosotros la tradición es el punto intermedio entre objetividad de la distancia histórica y la pertenencia a una tradición; este punto intermedio es el lugar de la hermenéutica.

Claro que entre el autor y el intérprete existe una diferencia insuperable que está dada por la distancia histórica; cada época entiende su texto de una manera

---

<sup>263</sup> Ob. Cit. 337-341.

<sup>264</sup> Ob. Cit. 347-349.

peculiar, pues el texto forma parte de su tradición; a la vez, el intérprete está determinado por la situación histórica del intérprete, aquí juegan un papel fundamental los prejuicios que se formó éste.

Por otro lado, Gadamer sustenta una postura contraria al romanticismo de Schleiermacher. Considera que es una aporía tratar de comprender a un autor mejor de lo que él se comprendió a sí mismo, porque el sentido nunca se agota, es un proceso infinito que se va produciendo nuevamente y de otras formas de acuerdo a su época.

De ahí que comprender no es comprender mejor, como lo piensan los románticos, simple y sencillamente cuando se comprende, se comprende de un modo diferente; de esta forma, cobra relevancia la distancia en el tiempo, por ser una posibilidad infinita, positiva y productiva del comprender.

En el análisis de la distancia en el tiempo, surge otro concepto abordado por Gadamer, denominado "la historia efectual".

La historia efectual, se refiere a los efectos que los fenómenos históricos u obras transmitidas producen en la historia. La conciencia de la historia efectual, es conciencia de la situación hermenéutica, es decir de la situación en la que nos encontramos frente a la tradición que queremos comprender. Al mismo tiempo, al concepto situación le pertenece esencialmente el concepto horizonte, que es el que abarca y encierra todo lo que es visible desde un determinado punto. Por ende, tener horizonte significa no estar limitado a lo más cercano, sino poder ver por encima de ello.

De esta forma, Gadamer concluye entonces que la elaboración de la situación hermenéutica, significa la obtención del horizonte correcto para las cuestiones que se nos plantean de cara a la tradición.<sup>265</sup>

---

<sup>265</sup> Ob. Cit. pág. 373.

El horizonte del presente está en un proceso de constante formación, en la medida que estamos obligados a poner a prueba todos nuestros prejuicios; visto así, el horizonte del presente no se forma al margen del pasado, ni existe horizonte del presente, ni hay horizontes históricos que ganar, en sí, comprender es siempre el proceso de fusión de estos presuntos horizontes para sí mismos, fusión tiene lugar en el dominio de la tradición, pues lo nuevo y lo viejo crecen siempre juntos hacia una validez llena de vida.

Para comprender algo tenemos que estar instalados en un horizonte significativo a partir del cual pueda, en primer lugar, aparecer el objeto de nuestra comprensión, pueda interesarnos o arrastrarnos hacia él, y en segundo lugar, empiece a ser comprendido, produciéndose la conciencia propia del sujeto como parte de la totalidad histórica.

El horizonte, se puede entender como el ámbito de visión que abarca y encierra todo lo que es visible desde un determinado punto; el que tiene horizonte puede valorar correctamente el significado de todas las cosas que caen dentro de esos horizontes.

De lo anterior, el comprender requiere que el intérprete reconstruya el horizonte histórico de ésta y se desplace a la situación concreta que desea comprender, desde luego que dicho desplazamiento implica la capacidad del individuo para ubicar como propia la situación de otro y con ello ganar el horizonte mediante la comprensión de este, y consecuentemente, la integración del suyo propio; por ejemplo, si uno se desplaza a la situación de otro hombre, uno le comprenderá, esto es, se hará consciente de su alteridad, precisamente porque es uno el que se desplaza a la situación del otro.<sup>266</sup> Este desplazamiento logra que el panorama de reflexión se amplíe mucho más para el intérprete. En esto radica la fusión de horizontes de la que habla Gadamer.

---

<sup>266</sup> Ob. Cit. pág. 375.

No obstante, Gadamer, advierte un verdadero problema hermenéutico, el de la aplicación.

La actividad hermenéutica se compone de *subtilitas inteliligendi* (comprensión), *subtilitas explicandi* (interpretación) y *subtilitas applicandi* (aplicación); claro que existe unidad interna entre *subtilitas inteliligendi* y *explicandi*, dado que la comprensión se explicita a través de la interpretación; la tensión surge entre el texto por un lado y el sentido que alcanza su aplicación al momento concreto de la interpretación.

Bajo esa situación, para determinar con exactitud el contenido normativo no se puede prescindir de un conocimiento histórico del sentido originario del texto, por eso el intérprete jurídico tiene que implicar el valor posicional histórico que conviene a una ley en virtud del acto legislador, es decir, comprender un texto desde la situación concreta en que se produjo, pues de esta forma se estará obligado a admitir que las circunstancias han ido cambiando y que en consecuencia, la función normativa de la ley tiene que ir determinándose de nuevo.<sup>267</sup>

Además, Gadamer, atribuye al concepto “*pregunta*” una primacía hermenéutica; para tal efecto señala que para todo conocimiento y discurso que quiera conocer el contenido de las cosas, la pregunta va por delante; el saber es fundamentalmente dialéctico; una conversación que quiera llegar a explicar una cosa tiene que empezar por quebrantar esa cosa a través de una pregunta.

Es por ello que la dialéctica se realiza en preguntas y respuestas, partiendo siempre de una oposición entre el sí y el no; la estrecha relación que existe entre el preguntar y el comprender es lo que le da a la experiencia hermenéutica su

---

<sup>267</sup> Ob. Cit. pp. 378-403.

verdadera dimensión; de ahí la importancia de la “*pregunta*” en la ciencia Hermenéutica, para lograr la comprensión.

Finalmente, puntualiza que en la dialéctica de la pregunta y respuesta que subyace a la comprensión, existe un elemento fundamental: el lenguaje; con esto inicia el tercer capítulo de su obra *Verdad y Método*, denominado “El lenguaje como hilo conductor del giro ontológico de la hermenéutica”.

La experiencia hermenéutica tiene que ver con la tradición, empero, ésta no es un simple acontecer que pudiera conocerse y dominarse por la experiencia, sino que en todo caso la tradición se reduce al lenguaje.

El lenguaje es el medio universal en el que se realiza la comprensión misma. Todo comprender es interpretar, y toda interpretación se desarrolla en el medio del lenguaje, que se fundamenta en la dialéctica de pregunta y respuesta; de ahí que todos los problemas de la expresión lingüística sean en realidad problemas de la comprensión.

En la escritura se engendra la liberación del lenguaje respecto a su realización; en la escritura el lenguaje accede a su verdadera espiritualidad; en contraposición a las ideas de Schleiermacher, Dilthey y Heidegger, Gadamer señala que comprender no quiere decir reconstruir una vida pasada, ni tampoco es una relación entre personas (autor-lector), mucho menos es entender el texto como una manifestación vital; sino que significa propiamente una participación actual en lo que se dice, con independencia de que la tradición nos permita darnos una idea acerca del autor.

Tampoco la comprensión es una trasposición psíquica, el horizonte de sentido no puede limitarse ni por lo que el autor tenía originalmente en mente, ni por el horizonte del destinatario al que se dedicó originalmente el texto.

Por tal motivo estima Gadamer, que la escritura posee para el fenómeno hermenéutico una significación central, en tanto que en ella adquiere existencia propia la ruptura con el escritor o autor, así como con las señas concretas de un destinatario o lector.

Así, lo que se fija por escrito se eleva a la vista de todos hacia una esfera de sentido en la que puede participar todo el que esté en condiciones de leer.

De esta forma resulta una ventaja metodológica en cuanto al texto escrito, dado que en él, el problema hermenéutico aparece en forma pura y libre de todo lo psicológico, aunque también representa una debilidad, pues a la inversa de lo que ocurre con la palabra hablada, que se interpreta a sí misma por el modo de hablar, el tono, la velocidad y por las circunstancias en que se habla, la interpretación de lo escrito no dispone de otra ayuda.

El lenguaje solo tiene su verdadera existencia en el hecho de que en él se representa el mundo; el lenguaje es un centro en el que se reúnen el yo y el mundo; la relación humana con el mundo es lingüística y por tanto, comprensible; por tanto, la hermenéutica es un aspecto universal de la filosofía y no sólo la base metodológica de las llamadas ciencias del espíritu.

Con base en las consideraciones concluye Gadamer, atacando la negativa idea que la Ilustración tenía sobre los prejuicios, que no existe comprensión libre de todo prejuicio, por mucho que se quiera, porque no basta para las ciencias del espíritu la seguridad que proporciona el uso del método científico; lo que no logra

la herramienta del método, lo hace una disciplina del preguntar y el investigar que garantice la verdad.<sup>268</sup>

### 3.6. La Hermenéutica de Ricoeur.

Paul Ricoeur (1913-2005) fue un filósofo y antropólogo francés conocido por su intento de combinar la descripción fenomenológica con la interpretación hermenéutica; en 1933 obtuvo la licenciatura por la Universidad de Rennes y en 1934 comenzó sus estudios de filosofía en la Sorbona, de París, para finalmente graduarse en 1935 como licenciado en filosofía.

A Ricoeur, se le ubica dentro de la corriente denominada *Hermenéutica de la Sospecha*, la cual no constituye propiamente el objeto de estudio en este capítulo, pues lo relevante de este autor para la presente investigación es su ensayo titulado “*Del Texto a la acción*” (1986), con el cual atribuye una óptica diferente al planteamiento hermenéutico sobre la dicotomía explicación-comprensión.

Con el vocablo “*Sospecha*”, Paul Ricoeur, plantea una fórmula negativa que consiste en ubicar la verdad como mentira<sup>269</sup>; este filósofo parte de la premisa de que las cosas son inciertas, que no son como parecen, lo que conlleva a que después de la duda sobre la cosa, nosotros comencemos a dudar sobre la conciencia misma; esta clase de autoreflexión es la base epistemológica de la *Hermenéutica de la Sospecha*.

Bajo este postulado, la hermenéutica no aspira entonces a enlazarse con el pasado a través del lenguaje como el hilo conductor de la tradición, superando la distancia temporal y la ruptura revolucionaria, como lo expresa Gadamer; ni pretende establecer un puente entre el intérprete y su interlocutor, atravesando las contingentes deformaciones comunicativas, como sucedió con las tesis de Schleiermacher, Dilthey, Heidegger y Gadamer; por el contrario, la hermenéutica

---

<sup>268</sup> Ob. Cit. pp. 461-585.

<sup>269</sup> FERRARIS, Mauricio. *Historia de la Hermenéutica*, Edit. Siglo xxi Editores, México 2007, pp. 144-147.

de la sospecha aspira a revocar el sentido y el alcance de la tradición, pero desde otra posición.

Ricoeur, invita a leer la tradición con cierta sospecha, a preguntar si lo que parece que dice el texto lo dice realmente, de ahí que se deba sospechar no sólo del texto, sino también de nuestra propia conciencia, porque nosotros también somos capaces de autoengañarnos con tal de mantener aquellas verdades absolutas con las que nos hemos formado en el horizonte de nuestra vida.

En sí, la “*Sospecha*” consiste en una autoreflexión dialéctica<sup>270</sup> sobre la conciencia misma para determinar el sentido de la tradición, pero sin involucrar psiquismos ajenos, ni el concepto vivencia base del historicismo, mucho menos fusionando los horizontes del intérprete y del autor de la obra, sino únicamente asumiendo una actitud antitética respecto de la verdad conocida, para de ello obtener un nuevo conocimiento.

Hasta aquí la hermenéutica de la sospecha.

En el ensayo “*Del texto a la acción*”, Paul Ricoeur, hace un nuevo planteamiento sobre la hermenéutica partiendo de la oposición que existe entre los vocablos “*explicar*” e “*interpretar*”, que fueron los términos acuñados por Dilthey para las ciencias naturales y sociales respectivamente en el siglo XIX-XX.

En primer lugar, define al texto como todo discurso fijado por la escritura; pero ¿qué es lo que fija la escritura?, es pues un acto de habla; por tanto, texto es entonces, el habla fijada, con independencia del momento psicológico o social en que se haya dado; aquí se puede ver el punto de separación respecto del psicologismo de Schleiermacher.

---

<sup>270</sup> Nota. Por dialéctica entiende Ricoeur, a la consideración según la cual explicar y comprender no constituyen los polos de una relación de exclusión, sino los momentos relativos de un proceso complejo que se puede llamar interpretación. Fuente: RICOEUR, Paul. *Del Texto a la Acción*, Edit. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina 2010, pág. 150.

Visto así, el lector tiene el lugar del interlocutor, como la escritura tiene el lugar de la locución y del hablante; sin embargo, en la relación entre escribir-leer no acontece lo mismo que en la relación hablar-responder, pues no hay una relación de interlocución personal entre el hablante y el escucha, como para poder discernir las preguntas que vayan surgiendo a lo largo de la conversación, ni tampoco se da una especie de diálogo con el autor a través de su obra, precisamente por esa falta de inmediatez suscitada entre el autor y el lector; en todo caso, se debe atender al acto de habla fijado mediante la escritura.

El dialogo en sí, es un intercambio de preguntas y respuestas, lo cual no existe entre el escritor y el lector, porque el texto separa el acto de escribir y el acto de leer; el lector está ausente en la escritura, como el escritor está ausente en la lectura; de ahí que se siga un doble ocultamiento: el del lector y el del escritor, y de esta forma la relación de diálogo que une inmediatamente la voz de uno con el oído del otro, queda sustituida por el acto de escribir y el acto de leer.

Con lo anterior, Ricoeur, evidencia la incorrección de Gadamer, de concebir el proceso de la comprensión de un texto, a manera de diálogo.

Volviendo a la dicotomía explicar-interpretar<sup>271</sup>, Dilthey, haciendo referencia a la oposición de estos conceptos, argumentaba que, o bien se explica (ciencias naturales) o bien se interpreta (ciencias históricas); empero, en la noción de “*texto*” de Ricoeur, ambos conceptos deben ser renovados para generar una relación menos antinómica y más dialéctica, interpenetrándose uno con otro.

---

<sup>271</sup> La oposición inicial de Dilthey, parte de los conceptos explicar-comprender, no explicar-interpretar, sólo que, como la interpretación es una provincia particular de la comprensión según lo señala Dilthey, se hace referencia indistintamente a ambas dicotomías.

Para tal efecto, parte de la homología entre tres problemáticas que llegan a poner en tela de juicio el dualismo metodológico de la explicación-comprensión: la del texto; la de la acción; y, la de la historia.<sup>272</sup>

### **3.6.1. Teoría del Texto.**

Para los partidarios de una explicación sin comprensión, el texto sería una máquina de funcionamiento puramente interno al cual no habría que plantearle ninguna pregunta, ni en el origen de la intención del autor, ni en el final de la recepción por un auditorio.

En contraposición a esto, los hermeneutas románticos se basan en el análisis estructural que surgiría de una objetivación ajena al mensaje del texto, él mismo inseparable de la intención de su autor; por tanto, comprender sería establecer entre el alma del lector y la del autor una comunicación, incluso una comunión, semejante a la que se establece en un diálogo de cara a cara.

A esta exclusión mutua, Ricoeur, opone una concepción más dialéctica, veamos.

La comprensión exige explicación; en la situación del diálogo, explicar y comprender coinciden, pues cuando no comprendo pido una explicación; empero, en las obras escritas esto no sucede, dada la distancia que se abre ente el decir y lo dicho; por tanto, partiendo de que la escritura está regulada por códigos narrativos y gramaticales que guían la comprensión de las oraciones, resulta necesaria entonces la mediación de la comprensión a través de la explicación de la estructura del relato.

En el trayecto inverso, no hay explicación que no se consume en la comprensión; el estructuralismo del relato se niega a toda psicología de narrador y

---

<sup>272</sup> RICOEUR, Paul. *Del Texto a la Acción*, Edit. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina 2010, pp. 151-168.

de receptor y a toda sociología del público; sólo se limita a describir los códigos gramaticales a través del cual narrador y lector son significados a lo largo del relato.

El relato pertenece a una cadena de palabras que constituye una comunidad de cultura mediante la cual, esta comunidad se interpreta a sí misma por vía narrativa; ante esto, lo que se ha de comprender de un relato, no es al que habla detrás de un texto como lo señaló Dilthey, sino aquello de lo que se habla, el objeto del texto.

Para llevar a cabo un análisis formal de los códigos narrativos, es necesario realizar una función mimética por la cual el relato rehace el mundo humano de la acción, pues un sujeto se comprende ante el texto en la medida en que no está cerrado sobre sí mismo, sino abierto al mundo que redescubre y rehace.

Con base en lo anterior concluye Ricoeur, que no hay exclusión entre el análisis objetivo de las estructuras del relato (explicación) y la apropiación del sentido por lo sujetos (comprensión), sino en todo caso una relación de complementación entre ambos conceptos.

### **3.6.2. Teoría de la Acción.**

El actuar es esencialmente hacer que algo suceda; aquí cabe la pregunta ¿qué origina este actuar? En el caso de la dicotomía explicación-comprensión, lo que origina a generar una acción es una “*causa*”, tratándose de las ciencias explicativas, o bien, un “*motivo*”, si se trata de las ciencias de la comprensión; esto desde la perspectiva de que ambos conceptos se excluyen.

Sin embargo, la tesis de Ricoeur, muestra que el fenómeno humano se ubica entre los dos conceptos: entre una causalidad que reclama ser explicada, y una motivación que corresponde a una comprensión puramente racional; pues la

actividad humana conlleva comparar motivos menos racionales y motivos más racionales, evaluarlos relativamente, someterlos a una escala de preferencia, y finalmente, hacer de ellos unas las premisas de un razonamiento práctico.

De ahí que las ciencias humanas pertenezcan al régimen de la causalidad y al de la motivación, esto es, a la explicación y a la comprensión.

Existe una transferencia de la teoría del texto a la teoría de la acción y viceversa; el texto es un buen paradigma para la acción humana; y la acción humana, es un buen referente para toda una categoría de textos.

La acción humana constituye un cuasi texto, pues se exterioriza como la escritura; la acción, al liberarse de su agente, adquiere una autonomía semejante a la semántica de un texto; a la manera de un texto cuyo significado se separa de las condiciones iniciales de su producción, la acción humana permite la reinscripción de su sentido en nuevos contextos; finalmente, la acción también es una obra abierta dirigida a una serie indefinida de lectores posibles.

Como puede verse, el autor concluye en la correlación que existe entre la teoría del texto y la de la acción, pues ambas dan lugar a la dialéctica de la comprensión y de la explicación.

### **3.6.3. Teoría de la Historia.**

La historia capta acontecimientos que tienen un adentro y un afuera; un adentro, porque expresan pensamientos, y un afuera como suceden en el mundo; por lo tanto, la acción es la unidad de ese adentro y de ese afuera.

Ahora, como la historia queda inscrita mediante signos gráficos, una teoría basada en la comprensión del elemento narrativo, como se expuso en la teoría del texto, permite dar cuenta mejor del paso de la comprensión a la explicación.

Algo relevante sucede cuando la comprensión espontánea<sup>273</sup>, queda bloqueada, la explicación es lo que permite seguir de nuevo la historia; esto es lo que Ricoeur, llama juego alternado de la comprensión y de la explicación.

Ricoeur, concluye de este planteamiento que no hay dualidad ni monismo derivado de las ciencias naturales y de las humanas, esto es, no existen dos métodos, el explicativo y el comprensivo; semánticamente sólo la explicación es algo metodológico, la comprensión es más bien el momento no metodológico que, en las ciencias de la interpretación, se combina con el momento metodológico de la explicación.

De esta dialéctica entre comprensión-explicación, Ricoeur, extrae su tesis de que comprender un texto no significa reunirse con el autor, pues si el significado objetivo es algo distinto de la intención subjetiva del autor, se puede interpretar entonces de múltiples maneras.

No obstante, si bien en la interpretación no hay reglas para hacer buenas conjeturas, sí hay métodos para validarlas, esto, mediante la plausibilidad de los argumentos.

En las ciencias humanas, sostener que una interpretación es más plausible que otra, es algo diferente de demostrar que una conclusión es verdadera; es decir, en las ciencias sociales, la validación no equivale a la verificación que se da en las ciencias naturales; la validación de las conjeturas es una disciplina argumentativa que permite dar un sentido aceptable, razonable, a la noción de ciencias del hombre, sin caer en el dogma de la infabilidad del individuo; claro que en la mayoría de los casos siempre surge un conflicto entre interpretaciones rivales.

---

<sup>273</sup> Comprensión espontánea es aquella que Schleiermacher llama "presentir el sentido de manera inmediata". Fuente: ORTIZ OSÉS, Andrés y LANCEROS, Patxi, Voz: *Historia de la Hermenéutica. Diccionario Interdisciplinar de Hermenéutica*, Edit. Universidad de Deusto, España, Bilbao 2006, pág. 210.

Por tanto, partiendo de que el texto es un campo ilimitado de interpretaciones posibles, la lógica de la validación nos permitirá confrontar interpretaciones, arbitrar entre ellas para buscar una interpretación, no sólo probable, sino también más probable que otra. Según Ricoeur, Hart, muestra que el razonamiento jurídico no consiste sólo en aplicar leyes generales a casos particulares, sino en elaborar cada vez decisiones con referencia única, deducidas de una dialéctica de argumentos.

### **3.7. Consideraciones Finales.**

En el presente capítulo pudimos constatar que, en efecto, la hermenéutica filosófica es un campo fértil para el desarrollo de la ciencia jurídica, pues como lo expusieron diversos autores, existen grandes diferencias tanto epistemológicas, como metodológicas, que hacen imposible regir a la jurisprudencia por el método de las ciencias naturales y de las duras.

Por ejemplo, en Schleiermacher, además de ser el filósofo que se inclinó por tratar de unificar a la hermenéutica bíblica y a la clásica para crear una hermenéutica universal, encontramos una característica peculiar: su conclusión de que la labor del hermeneuta siempre será una tarea inacabable, dado que la interpretación constituye únicamente una aproximación a una totalidad de sentido que nunca será plenamente alcanzado por ser factible extraer del individuo y del lenguaje una infinitud de sentidos y significados posibles; lo anterior converge en la ciencia jurídica, en tanto que las disposiciones legales creadas en un pasado, siguen generando infinidad de interpretaciones posibles a los casos actuales; de ahí que la labor hermenéutica trasladada a la ciencia jurídica, sea también una labor inacabable.

En Dilthey, su énfasis en atacar la mítica teoría de la verdad como copia fiel de la realidad, dio como resultado una fusión muy peculiar entre sujeto y objeto, de

cuya fusión, según este autor, se genera una vivencia, misma que es la que produce el conocimiento en las ciencias del espíritu, y por tanto, constituye su base epistemológica.

Asimismo, estableció diferencias sobre las modalidades epistemológicas y metodológicas entre las ciencias del espíritu y las ciencias de la naturaleza; en las del espíritu, la base epistemológica se extrae de la vivencia del hombre, en tanto que en las de la naturaleza, se extrae de la observación de fenómenos del mundo exterior.

Metodológicamente, las ciencias naturales se rigen por el análisis explicativo de tales fenómenos, en tanto que en las ciencias humanas tiene lugar un procedimiento comprensivo descriptivo; por lo que mientras las ciencias naturales se sustentan con explicaciones causales, las del espíritu utilizan categorías axiológicas y teleológicas, tales como *significado, fin, valor*.

Por lo que visto así, y partiendo de que el derecho tiene como propósito reconocer y legitimar los valores sociales, además de otros propósitos, resulta indudable entonces que la hermenéutica debe erigirse como la herramienta capaz de dar cuenta del fenómeno de la comprensión que tiene lugar en la ciencia jurídica.

Heidegger por su parte, se opone al planteamiento de Dilthey, en cuanto que parte de una comprensión más originaria, anticipada a cualquier distinción que se haya hecho respecto de las ciencias de la naturaleza y del espíritu, de la dicotomía explicación-comprensión; una reflexión sobre el ser-en (ser en el mundo), y no sobre el ser-con (ser con otro). Por lo tanto, la hermenéutica no se dirigirá a la captación de la esencia del otro, sino a la aprehensión de una posibilidad inacabable del ser en el mundo.

Gadamer, problematiza el concepto de método en el que se basan las ciencias, y además, controvierte el matiz negativo que tenía en la era del racionalismo el concepto *prejuicio*, donde se consideraba que sólo la garantía del método confería al juicio su dignidad científica; su finalidad es mostrar que la esencia de las ciencias del espíritu, no queda totalmente aprehendida si se mide bajo el patrón del conocimiento progresivo de las leyes naturales.

De igual forma, en cuanto a la verdad de las ciencias físico matemáticas o experimentales, señala que tiene como referente la representación mental y el objeto del mundo exterior, que puede ser verificable por medio de la experiencia sensitiva, sin embargo, cuando se analiza un texto, un comportamiento social, un hecho del pasado, una obra de arte, se accede a una verdad que no puede verificarse del mismo modo que se verifican las afirmaciones sobre el mundo concreto; por tanto, en esta clase de ciencias, humanas, debe acudir a la hermenéutica para obtener una comprensión del estado de cosas, que a su vez genere certeza epistemológica.

Para tal efecto, analiza conceptos humanistas tales como formación, *sensus communis*, la capacidad del juicio y el gusto, pues son los que inciden directamente en la capacidad del comprender.

Asimismo, establece como herramienta fundamental de la comprensión, su carácter dialógico, en el que a través de una disciplina de preguntas y respuestas, se logra garantizar la verdad en las ciencias humanas como es el derecho.

De acuerdo a las disimilitudes entre el concepto de verdad para las ciencias exactas y naturales y las humanas, Gadamer, sostiene que no es posible que exista un modelo metódico propio de las ciencias del espíritu equiparable al de las demás ciencias, sino en todo caso sólo existe la hermenéutica como una teoría filosófica para acceder a la comprensión de la totalidad del mundo.

Finalmente, Ricoeur, plantea una concepción dialéctica entre explicar y comprender, no con el afán de equiparar metodológica o epistemológicamente a las ciencias humanas con el resto de las ciencias, pues sostiene que en las ciencias humanas decir que una interpretación es más plausible que otra, es muy diferente a demostrar en las ciencias naturales o duras, que una conclusión es verdadera. Sino únicamente, con la finalidad de hacer desaparecer la dicotomía antinómica que existe entre explicación-comprensión.

En todo caso, la validación de las conjeturas en las ciencias sociales se rige por una disciplina comprensiva-argumentativa que permite dar un sentido aceptable, razonable, a la noción de ciencias del hombre, sin caer en el dogma de la infabilidad del individuo, como sucedió con la corriente exegética iniciada por los glosadores y encumbrada por el positivismo jurídico.

Como hemos visto, los postulados de la hermenéutica filosófica dan cuenta de la imposibilidad que existe de regir a la ciencia jurídica bajo las bases del positivismo jurídico fundado en el razonamiento formalmente correcto, pues es indudable que en el caso del derecho, al entrar en juego la interpretación del lenguaje normativo, de los hechos controvertidos y la respectiva comprensión de ambos, la idea de una aplicación exegética y en su caso, voluntarista de la ley, resulta insuficiente *per se* para superar las dificultades ocasionadas por la distancia que se genera entre el autor, el texto y el intérprete, entre un horizonte ajeno y uno propio, entre el pasado y el presente; por tanto, la alternativa que se propone en este proyecto de investigación para llevarse al campo de la praxeología judicial, es precisamente la aplicación de los principios que subyacen al sistema legal, como complemento de la juridificación escrita.

**CAPITULO IV**  
**LA INTEGRIDAD EN EL DERECHO**



#### 4.1. Generalidades.

Mucho se ha hablado sobre el debate que existe en el ámbito del derecho entre dos teorías jurídicas contemporáneas; la primera, sustentada por Hart, conocida como positivismo suave (soft law), y la segunda, expuesta por Dworkin, ubicada dentro del iusnaturalismo.

Hart, defiende la tesis de la autonomía de la filosofía jurídica respecto de la controversia moral y política, pues señala que para saber lo que representa la palabra “*Derecho*” en una comunidad determinada, no requiere necesariamente de acudir a algún criterio de filosofía política; por el contrario, para saber cuál es el derecho válido basta con los criterios formales que ofrece el propio sistema jurídico.

En contraposición a lo anterior, Dworkin afirma que los criterios de moralidad política forman parte sustancial de los criterios de validez jurídica.

Han sido varios los autores que han dado cuenta de este posible enfrentamiento en el plano filosófico; por ejemplo, Melero de la Torre<sup>274</sup>, indica que la polémica entre estos autores gira en torno a la siguiente cuestión: ¿puede el teórico jurídico hacer su trabajo sin tener en cuenta el contexto político y social en el que se desarrollan las cuestiones que le preocupan? A lo que responde que no se trata en sí de una barrera epistemológica entre estos ámbitos de estudio, sino por el contrario, se trata de una relación de complementariedad que permite conocer lo que el derecho significa en la sociedad.

---

<sup>274</sup> MELERO de la Torre, Mariano. *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el Imperio de la Ley*. Edit. Tirant lo Blanch, México, 2012, pág. 17.

Del mismo modo, César Rodríguez, retoma como tema de debate entre estos autores lo relativo a la vaguedad del lenguaje y la discrecionalidad judicial, además de otros aspectos.

Sobre este tema, señala que, según Hart, debido a que la vaguedad es una característica inherente al lenguaje jurídico y que en la decisión de los casos difíciles existe más de una interpretación razonable, cuando esos casos llegan a los estrados judiciales, los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideran más adecuada; en estas circunstancias excepcionales el juez no está aplicando derecho, sino creándolo para el caso concreto.<sup>275</sup>

Dworkin, debate esta postura de la vaguedad del lenguaje y la discrecionalidad judicial al sostener que no todos los casos difíciles tienen su origen en la vaguedad de un término contenido en una regla jurídica; y que es erróneo afirmar que en ellos los jueces tienen poderes discrecionales; las partes en litigio tienen derecho a obtener una solución acorde con el ordenamiento jurídico preexistente, sin crear uno nuevo; de ahí que concluya que los jueces no gozan de discrecionalidad, ni de poderes excepcionales en la creación de normas jurídicas.

No obstante lo anterior, existen quienes discrepan en cuanto a la existencia real de un posible desacuerdo entre estos autores, pues consideran que en realidad ambas teorías se complementan en el sentido de que Dworkin, podría ofrecer una justificación mediante principios de moralidad política, de las prácticas que describe Hart, y viceversa.

Como quiera que sea, no obstante la importancia actual que revisten estos debates, no será objeto de estudio en el presente capítulo inclinarse a favor de algunas de estas posturas, pues lo interesante en este caso es analizar el derecho

---

<sup>275</sup> RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial. El Debate Hart-Dworkin*. Edit. Siglo de los Hombres Editores, Bogotá 2002, pp. 34-35.

desde una noción ontológica bajo la base epistemológica de la integridad. Por tal motivo, se realizará una *prima facie* una aproximación de tipo conceptual al tema en cuestión.

#### 4.2. La interpretación.

La interpretación, como se indicó en el capítulo I, surge en cualquier contexto; todas las personas con capacidad intelectual se encuentran en condiciones de llevar a cabo una labor interpretativa, y a su vez, todas las cosas que existen en el mundo de lo concreto son susceptibles de interpretación; en resumen, así como todos pueden interpretar, también todo puede ser interpretado.

En el mundo del derecho, la interpretación adquiere especial relevancia, en tanto que las consecuencias que genera dicha interpretación, cuando es llevada a cabo por el Estado, produce efectos jurídicos sobre las personas y las cosas.

La discusión acalorada que se ha suscitado entre los operadores jurídicos sobre el contenido del derecho y su aplicación en la sociedad, muestra el rasgo esencial de las prácticas jurídicas, que es, su carácter argumentativo. La praxis jurídica se basa fundamentalmente en un intercambio de argumentos entre personas que ofrecen interpretaciones alternativas sobre lo que realmente dice el derecho en un caso concreto.<sup>276</sup>

De igual forma, Dworkin afirma que la mejor interpretación del derecho, es aquella que concibe a la práctica jurídica como una práctica argumentativa, y la argumentación jurídica como un ejercicio de interpretación constructiva.<sup>277</sup>

De ahí que se colija que el derecho es por naturaleza una ciencia interpretativa que tiene por objeto identificar, y en su caso, construir el posible sentido de las

---

<sup>276</sup> Ob. Cit. Pág. 62.

<sup>277</sup> MELERO de la Torre, Mariano. *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el Imperio de la Ley*. Edit. Tirant lo Blanch, México 2012, pp. 76-77.

reglas y principios vigentes en una sociedad para, a partir de allí, validar el discurso legal en la comunidad, sean constituciones, leyes, principios, sentencias, etc.

Parafraseando a Dworkin, Interpretar significa tratar de comprender algo<sup>278</sup>, por ejemplo, un gesto, un texto, un poema, una pintura, pero de una manera especial, tratando de descubrir los motivos o intenciones del autor al hablar, actuar, escribir, o dibujar tal como lo hizo.

Por ello, la interpretación trata de mostrar el objeto interpretado en forma precisa, tal como es en realidad, lo que obliga a tratar de recuperar las intenciones verdaderas, históricas de sus autores y no imponer arbitrariamente los valores propios del intérprete.

Sobre el carácter dialógico de la interpretación, señala Dworkin que las técnicas de la conversación común donde el intérprete trata de descubrir las intenciones de otra persona, serían inadecuadas para la interpretación de una práctica social, porque para ello no basta el simple diálogo con el hablante, pues como lo afirmó Gadamer<sup>279</sup>, para comprender una lengua se debe vivir en ella; por tanto, es necesario que el científico social participe de una práctica social si desea comprenderla.<sup>280</sup>

De acuerdo a Dworkin, existen tres momentos del proceso de interpretación de una práctica social.<sup>281</sup>

El primero, llamado etapa preinterpretativa, en éste se identifican reglas y normas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica; se recogen datos

---

<sup>278</sup> DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Traducción Claudia Ferrari, Edit. Gedisa, España, 2005, pág. 50.

<sup>279</sup> GADAMER, Hans Georg. *Verdad y Método I*, Edit. Sígueme Salamanca, España 2005, pág. 463.

<sup>280</sup> DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Traducción Claudia Ferrari, Edit. Gedisa, España, 2005, pág. 50

<sup>281</sup> Ob. Cit. pp. 57-59.

sobre los que tendrá que operar la teoría interpretativa.<sup>282</sup> El criterio de identificación es la aceptación general de las reglas y principios por parte de los miembros de la comunidad jurídica.

El segundo momento es la etapa interpretativa, aquí, el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada en la etapa preinterpretativa; propone un valor sobre la práctica, describiendo el esquema de intereses, fines o principios que la práctica se supone, trata de realizar, expresar o ejemplificar.<sup>283</sup>

Por último, la etapa post-interpretativa o reformadora, ajusta su sentido sobre lo que necesita en realidad la práctica para adecuarse mejor a la justificación desarrollada en la etapa interpretativa; es decir, el intérprete ajusta su concepción de los requisitos de la práctica de forma que sirvan lo más óptimamente posible a la justificación establecida en la teoría.

Ahora veamos esto en la praxis jurídica.

La etapa pre-interpretativa se conforma con la identificación de la práctica jurídica, ubicando el comportamiento social sobre determinado acontecimiento y delimitando el esquema normativo aplicable. En la etapa interpretativa se dota de valor a esa práctica jurídica mediante una justificación fundada en principios, para lograr comprenderla. Finalmente, en la etapa pos-interpretativa se realiza una evaluación o ajuste sobre lo que la práctica requiere para lograr presentar a la interpretación constructiva, como el mejor modelo posible de interpretación.

En complemento a la teoría de Dworkin, Shapiro considera la necesidad de establecer una ideología que permita al intérprete atribuir a la práctica jurídica los objetivos políticos que los diseñadores actuales del sistema jurídico tratan de

---

<sup>282</sup> MELERO de la Torre, Mariano. *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el Imperio de la Ley*. Edit. Tirant lo Blanch, México 2012, pág. 79.

<sup>283</sup> Ob. Cit. pág. 80.

alcanzar<sup>284</sup>, para de esta forma, realizar una interpretación del derecho desde una perspectiva social más amplia fundada en principios ideológicos generales tendentes al bien común.

### 4.3. La Integridad en el Derecho.

El término “*Integridad*”<sup>285</sup> en el lenguaje común, nos remite a las cualidades de aquella persona que se conduce de manera recta, proba e intachable en su vida cotidiana; por consiguiente considero que Dworkin, recurre al concepto “*Integridad*” desde el mismo enfoque moral, sólo que aquí se trata de una moralidad política, veamos.

La virtud de la integridad exige que así como pretendemos que nuestros vecinos se comporten en su trato diario con nosotros bajo los principios correctos del comportamiento, es decir, que actúen de manera íntegra y no en forma caprichosa o extravagante, la integridad política exige del Estado que también actúe sobre una base de principios coherentes<sup>286</sup>; sólo que a diferencia de la integridad personal que implica observar como principios morales del ser, la rectitud, la probidad y lo intachable del actuar, la integridad política exige un comportamiento sobre la base axiológica de los principios de equidad, justicia y debido proceso.<sup>287</sup>

A manera de parangón, la integridad personal exige al ser humano comportarse de una manera íntegra en el sentido de observar ciertos principios

---

<sup>284</sup> Ob. Cit. pp. 184-185.

<sup>285</sup> Diccionario de la Lengua Española, 21ª edic., Espasa, Madrid, 1992, Tomo h/z, pág. 1177.

<sup>286</sup> DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la Justicia, Traducción Claudia Ferrari*, Edit. Gedisa, España, 2005, pp. 123-125.

<sup>287</sup> Según Dworkin, Equidad en política significa hallar los procedimientos políticos que distribuyen el poder político de la forma adecuada, es decir, se trata de los procedimientos y prácticas que atribuyen a todos los ciudadanos la misma influencia en las decisiones que los gobiernan. La Justicia, se preocupa por las decisiones que las instituciones políticas permanentes hayan o no sido elegidas justamente, deben tomar, lo que implica que los legisladores y demás funcionarios, distribuyan recursos materiales y protejan las libertades civiles como para asegurar un resultado defendible desde el punto de vista moral. El Debido Proceso, se refiere a los procedimientos correctos para juzgar si un ciudadano ha violado o no las leyes establecidas. Fuente: DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la Justicia, Traducción Claudia Ferrari*, Edit. Gedisa, España, 2005, pág. 124.

morales que resultan necesarios para armonizar la vida en sociedad, tales principios derivan de los propios criterios morales que la comunidad va reconociendo a lo largo de su desarrollo.

De igual forma, en el caso de la integridad en el derecho también se exige a las autoridades estatales se comporten de una manera íntegra reconociendo y acatando en todo momento los principios de la equidad, la justicia y debido proceso, por ser necesarios para lograr la armonía social.

Por consecuencia, la integridad viene a ser una especie de derechos y responsabilidades que limitan el ejercicio del poder político<sup>288</sup>, y que conlleva un compromiso de las autoridades públicas de tratar a los particulares de manera consistente con principios de moralidad política plasmados en instituciones de la comunidad.<sup>289</sup>

Desde la visión de la integridad en el derecho, los proyectos de ley son coherentes si figuran o se derivan de principios de justicia, equidad y debido proceso, y proporcionan a la vez la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad.<sup>290</sup>

La comunidad debe verse como un agente moral concreto, porque deben protegerse las prácticas sociales e intelectuales que tratan a la comunidad de esa forma. Una sociedad que acepta la integridad como una virtud política se convierte en una comunidad especial, en el sentido de que promueve su autoridad moral para asumir y desplegar un monopolio de fuerza coercitiva.<sup>291</sup>

De esta forma, si el pueblo acepta ser gobernado no sólo por reglas explícitas establecidas en las decisiones políticas, sino también por cualquier otra norma

---

<sup>288</sup> MELERO de la Torre, Mariano. *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el Imperio de la Ley*. Edit. Tirant lo Blanch, México 2012, pp. 85-86.

<sup>289</sup> RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial. El Debate Hart-Dworkin*. Edit. Siglo de los Hombres Editores, Bogotá 2002, pág. 42.

<sup>290</sup> DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la Justicia, Traducción Claudia Ferrari*, Edit. Gedisa, España, 2005, pág. 164.

<sup>291</sup> Ob. Cit. pp. 139-141.

proveniente de los principios que estas decisiones suponen, entonces el conjunto de normas reconocidas puede expandirse o contraerse de manera sistemática a medida que las personas se tornan más sofisticadas para sentir y explorar aquello que éstos principios requieren en nuevas circunstancias, sin la necesidad de una legislación detallada o de adjudicación en cada punto de conflicto.

Claro que esta concepción contrasta notablemente con las corrientes positivistas del derecho que exigen el imperio de la Ley por encima de la voluntad de los hombres y en donde lo que prevalece es la aplicación exegética de la norma, con independencia de que su resultado ocasione injusticia.

Recordemos que el imperio de la ley tuvo como propósito contrarrestar la ineficiencia, la irracionalidad, la irregularidad, la arbitrariedad y la opresión de la que eran objeto las personas en los regímenes autoritarios; para tal efecto, se trató de establecer una barrera dentro de la cual el ciudadano inocente pudiera sentirse seguro en el ejercicio de sus actividades legales. De ahí que surgiera el aforismo de que a quien se debía temer no era al soberano, ni a sus administradores de justicia, sino a la propia Ley.<sup>292</sup>

Con base en estas ideas, el positivismo jurídico impuso como condición para hacer cumplir el imperio de la ley, razonar silogísticamente sobre la base del derecho escrito, dejando de lado las pasiones humanas; de esta forma, el imperio de la ley se vio reducido al imperio de la racionalidad.

Sin embargo, la racionalidad en la actividad de juzgar separada de parámetros éticos y políticos, convierte a esta tarea en algo imposible de realizar, pues no obstante que dicha racionalidad debe de encontrarse en los argumentos que los jueces ofrecen para sustentar sus decisiones, el resultado es un grado elevado de abstracción que deshumaniza a la ciencia del derecho.

---

<sup>292</sup> MELERO de la Torre, Mariano. *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el Imperio de la Ley*. Edit. Tirant lo Blanch, México 2012, pág. 119.

Para Dworkin, el mal juez, es el rígido y mecánico que hace cumplir la ley para beneficio de ésta, sin importarle la miseria, la injusticia o la ineficacia que provoque; en cambio, el buen juez prefiere la justicia a la ley.<sup>293</sup> De esta suerte, el juez, cuando tiene que decidir un conflicto no debe limitarse a aplicar de manera silogística la norma positiva, sino también tiene que recurrir a la virtud de la integridad que descansa sobre la base axiológica de los principios de equidad, justicia y debido proceso. Aquí surge una interrogante: ¿qué significa juzgar desde la perspectiva de la integridad en el derecho?

El derecho como integridad orilla al juez a examinar las reglas, principios y antecedentes relevantes y decidir cuál es la solución que mejor encaja en esas prácticas jurídicas y está mejor justificada por los valores que subyacen a ellas.<sup>294</sup> Significa que la resolución judicial debe apoyarse, ya no sólo en el marco normativo positivo, sino que debe complementarse con aquellos principios y directrices que subyacen a la norma.

#### 4.4. Juzgar con Integridad.

Han sido múltiples los debates entre los filósofos del derecho en torno a la actividad de juzgar casos fáciles y difíciles.

Por ejemplo, de acuerdo al positivismo jurídico conceptual, los derechos son simplemente los que el derecho positivo explícitamente establece, y por tanto, la actividad de juzgar se reduce únicamente a la aplicación del modelo silogístico de la norma (caso fácil).

---

<sup>293</sup> DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Traducción Claudia Ferrari, Edit. Gedisa, España, 2005, pág. 20.

<sup>294</sup> RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial. El Debate Hart-Dworkin*. Edit. Siglo de los Hombres Editores, Bogotá 2002, pág. 81.

El vicio conocido en la teoría jurídica como formalismo o conceptualismo, consiste en una actitud de sumisión hacia las reglas verbalmente formuladas que tiene por efecto encubrir y minimizar la discrecionalidad judicial.<sup>295</sup>

Hart, se aparta de esta visión reduccionista e introduce la noción de la textura abierta del derecho.<sup>296</sup>

El derecho se manifiesta a través del lenguaje, sólo que éste es limitado, en tanto que las palabras utilizadas se tornan vagas e imprecisas por dos causas; la primera, porque las reglas o normas jurídicas no están dirigidas a personas o cosas particulares, sino a toda una generalidad de personas o cosas y casos<sup>297</sup>; la segunda, porque permanecen vigentes durante períodos largos y por tanto, se aplican a situaciones que pudieron no estar previstas en el momento de su creación, lo cual, genera dificultad al momento de aplicar el derecho.

Los casos fáciles en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser automático (silogístico), son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes y respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de la norma.<sup>298</sup>

Empero, en los casos difíciles derivados de la vaguedad e imprecisión del lenguaje o de la falta de previsión del supuesto de hecho, el proceso de subsunción y concreción de la norma, son insuficientes para determinar la acción correcta.

---

<sup>295</sup> HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. Edit. Abeledo Perrot. Traducción Genaro Carrió, Buenos Aires, Argentina, 2009, pág. 161.

<sup>296</sup> La textura abierta del derecho, imbrica que hay áreas de conducta que deben dejarse para que sea desarrollado por los tribunales, a la luz de las circunstancias entre los intereses en conflicto; es decir, siempre que no exista disposición legal aplicable al caso concreto, por no estar prevista en el derecho positivo o por existir pero ser ambigua o imprecisa, entonces dicho conflicto cae en una zona de penumbra que el juzgador tiene que colmar haciendo uso de su facultad discrecional. Fuente: HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. Edit. Abeledo Perrot. Traducción Genaro Carrió, Buenos Aires, Argentina, 2009, pág. Hart. 168.

<sup>297</sup> Ob. Cit. pág. 155.

<sup>298</sup> Ob. Cit. pág. 158.

Frente a esta situación, señala Hart que el juez tiene discrecionalidad para escoger la interpretación que considere más apropiada, lo que implica desde luego que el juzgador no esté aplicando el derecho existente, sino creándolo para el caso concreto.

Dworkin, contradice enfáticamente la teoría positivista de que cuando un litigio no se puede subsumir en una norma jurídica previamente establecida por una institución, el juez goza de discreción para elegir en uno u otro sentido; puesto que no deja de ser un deber del juez descubrir cuáles son los derechos verdaderos de las partes, en lugar de inventar retroactivamente derechos nuevos bajo el argumento de la discrecionalidad judicial, esto con independencia de que se trate de casos fáciles o difíciles.

Asimismo, sostiene que es erróneo afirmar que en los casos difíciles los jueces tienen poderes discrecionales; las partes en un proceso tienen derecho a obtener una solución acorde al ordenamiento jurídico preexistente, y por tanto, no tienen discrecionalidad ni facultades para la creación de normas legales.

Además, ataca al positivismo porque éste divide el razonamiento judicial en dos etapas; en la primera, el juez consulta la legislación y se percata que no existe una norma que arroje un resultado claro; y en la segunda, deja a un lado sus códigos e inventa una solución por su propia cuenta bajo su libertad discrecional que le permite crear derecho.<sup>299</sup>

Contrario a esto, señala que cuando no existe una regla prevista para un caso, toda vez que entre moralidad personal e institucional existe una influencia mutua<sup>300</sup>, se deben aplicar los principios generales que subyacen al ordenamiento jurídico, pues si bien es cierto que un sistema legal integrado por normas o reglas

---

<sup>299</sup> DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*, Edit. Ariel S.A. España, 2005, pág. 153.

<sup>300</sup> MELERO de la Torre, Mariano. *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el Imperio de la Ley*. Edit. Tirant lo Blanch, México 2012, pág. 209.

siempre tiene lagunas, no menos cierto es que la inclusión de los principios viene a otorgarle plenitud hermética a dicho sistema.<sup>301</sup>

En otras palabras, para decidir cuál de las dos partes tiene razón en un caso concreto y el ordenamiento jurídico resulta insuficiente para ello, el juez necesita acudir forzosamente a los principios inherentes al orden jurídico del que es miembro y a sus estándares implícitos de moralidad política.<sup>302</sup>

Del mismo modo, para el supuesto de que no haya norma aplicable y los principios que pudieren ser invocados colisionen entre sí, se debe atender al orden establecido institucionalmente por la comunidad mediante una ponderación de intereses, que implica apoyarse en argumentos de principio que son los que justifican una decisión demostrando que se está respetando algún derecho individual o colectivo.<sup>303</sup> Claro que en cualquier caso la interpretación que el juez realice debe poseer dos dimensiones: la de concordancia y la de adecuación.<sup>304</sup>

#### 4.5. La Novela en Cadena.

Con la finalidad de ilustrar el modelo interpretativo de la integridad en el derecho, Dworkin, recurre a un parangón entre la literatura y la ciencia jurídica, teniendo como presupuesto en ambos casos, la construcción de una novela en cadena.

Al respecto, señala que la novela en cadena se refiere a la idea de un grupo de literatos que escriben una novela en serie; cada uno de los escritores interpreta los capítulos que ha recibido tratando de construir la novela y darle continuidad para presentarla de la mejor manera posible, esto desde luego sobre la base de

---

<sup>301</sup> RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial. El Debate Hart-Dworkin*. Edit. Siglo de los Hombres Editores, Bogotá 2002, pág. 77.

<sup>302</sup> MELERO de la Torre, Mariano. *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el Imperio de la Ley*. Edit. Tirant lo Blanch, México 2012, pág. 138.

<sup>303</sup> DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*, Edit. Ariel S.A. España, 2005, pág. 148.

<sup>304</sup> DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la Justicia, Traducción Claudia Ferrari*, Edit. Gedisa, España, 2005, pp. 166-168.

asumir el escritor una actitud seria para que de esa forma se le pueda considerar a la obra como hecha por un sólo autor.

Para tal efecto, Dworkin plantea una estructura cimentada en dos dimensiones; la primera, la dimensión de concordancia, esto implica que no es factible tomar cualquier interpretación, sino aquella que fluya a través del texto y que posea un poder explicativo genérico, siendo por tanto deficiente la que deje sin explicar algún aspecto relevante.

Dicho de otro modo, se tiene que buscar necesariamente una interpretación que capture la mayor parte de la idea del texto; aunque puede darse el caso de que no exista una interpretación que se adapte plenamente a su totalidad, siempre habrá más de una interpretación plausible que se le pueda adaptar.

La segunda dimensión es la de adecuación, y como su nombre lo indica, es la que exige al juez que determine cuál de las posibles interpretaciones es la que mejor se adapta a la novela en desarrollo.

Ha sido muy discutida la posibilidad de concretar la tesis de la novela en cadena, y por consecuencia, el derecho como integridad, en el sistema jurídico mexicano, en específico, en el ámbito jurisdiccional, pues se señala que existe total discrepancia epistemológica entre los distintos órdenes normativos; el *common law*, regido por la doctrina del precedente, implica necesariamente apoyarse en fallos anteriores para resolver un caso actual; en tanto que el derecho doméstico informado por la norma escrita y la jurisprudencia, no le es tan imprescindible el precedente judicial.

Sin embargo, considero que la novela en cadena es factible lograr aproximarla a nuestro sistema jurídico, en tanto que la primera dimensión la encontramos en el momento en que al juez –autor de la obra- se le plantea un conflicto para su resolución, y, tratando de captar con mayor completitud los

aspectos del litigio, establece diversas interpretaciones posibles aplicables al caso concreto, eligiendo desde luego la interpretación que presente a la práctica jurídica de la mejor manera posible.

La segunda parte de esta novela jurídica la continúa el tribunal de apelación, quien analizando las posturas de las partes y los argumentos expuestos por el juez, establece si la interpretación capturó todos los puntos relevantes del conflicto, y, derivado de ello, decide continuar la novela bajo la misma temática, o bien, presentarla de diversa manera a efecto de presentarla de la mejor manera posible; y así sucesivamente se va generando la secuencia de la novela con cada órgano revisor que asume el conocimiento del litigio, para que a final de cuenta, la obra se considere como hecha por un mismo autor, el Estado.

En este caso, Dworkin, recurre a una figura mítica e imaginaria con poderes intelectuales sobrenaturales capaz de resolver cualquier conflicto por tales capacidades, a quien le llama Hércules.

El método de Hércules, se basa en una formulación de diversas interpretaciones posibles para que, una vez analizadas y confrontadas éstas desde toda la red de estructuras y decisiones políticas de su comunidad, se logre verificar si la decisión es la que mejor se adapta a la práctica jurídica.

Para tal efecto, el juez debe comenzar con un análisis de cada interpretación en particular preguntándose si se encuentra debidamente justificada en los principios de equidad, justicia y debido proceso; partiendo de ello, tratará de que su decisión sea coherente con el precedente judicial y con los principios señalados, y así, excluirá aquellas interpretaciones que no poseen estas características, de guisa que su solución sirva de modelo a los casos futuros.

De esta forma, concluye Dworkin, que es posible elaborar una respuesta correcta para todos los casos que se someten a la jurisdicción.

El tema de la integridad en el derecho ha tenido muchos detractores, y en torno a él se han suscitado innumerables críticas por los teóricos del derecho; por tanto, en el siguiente apartado se expondrá de manera resumida algunas de las objeciones interesantes a esta teoría.

#### 4.6. Algunas Objeciones.

La primera objeción que se plantea es respecto a la tesis de la respuesta correcta; Hart, por ejemplo, considera que no es posible hablar de una respuesta correcta, sino sólo de respuestas.

Los sistemas jurídicos contemporáneos contienen normas contradictorias basadas en concepciones éticas y políticas opuestas<sup>305</sup>; en sí, las normas y principios pueden generar resultados contradictorios, dada la ideología que subyace al ordenamiento jurídico, y en esas circunstancias, no es posible afirmar la existencia de una única respuesta correcta.<sup>306</sup>

Verbigracia, hablar de una única respuesta correcta en el planteamiento de, si el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo engendra a su vez la facultad de adoptar, resulta insostenible, pues siempre habrá un conjunto de argumentos y contraargumentos a los que, desde cualquier óptica objetiva y neutral que se les vea, se han de reconocer como igualmente razonables. En tal caso, la decisión se obtendrá a partir de la elección que realice el operador jurídico entre diversas interpretaciones que gozan de la misma coherencia.<sup>307</sup>

La segunda objeción, estriba en que la teoría de la integridad en el derecho, es localista, es decir, resulta incapaz de erigirse como una verdadera teoría general

---

<sup>305</sup> Por ejemplo, el derecho civil gira en torno a dos principios incompatibles; la libertad contractual basada en el intercambio económico entre seres racionales; y la buena fe, fundada en la solidaridad social.

<sup>306</sup> RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial. El Debate Hart-Dworkin*. Edit. Siglo de los Hombres Editores, Bogotá 2002, pp. 85-88.

<sup>307</sup> DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*, Edit. Ariel S.A. España, 2005, pp. 395-397.

del derecho, pues se basa en rasgos enteramente contingentes del sistema jurídico del que habla (common law), como son por ejemplo, los precedentes judiciales.

Finalmente, la última objeción se funda en que Dworkin, en su teoría de la integridad en el derecho, asume una estricta división de poderes entre el legislativo, el judicial y el ejecutivo, donde el poder legislativo tiene el monopolio de producir derecho, el poder judicial de interpretarlo y el ejecutivo para ejecutarlo; empero, según Hart, la creación del derecho no es privativa del legislativo, pues en los campos de indeterminación de la norma, el juez no descubre derecho existente en el ordenamiento jurídico como lo señala Dworkin, sino que crea uno nuevo, acorde al caso concreto mediante la tesis de la discrecionalidad judicial.

Con base en lo anterior, queda delimitada la teoría del derecho como integridad, sustentada por Ronald Dworkin.

#### 4.7. Consideraciones finales.

Teóricamente, la tesis de la integridad en el derecho de Dworkin, fundada sobre la base de la virtud moral social llamada Integridad en la que prevalece el triunfo de los derechos humanos frente al Estado, esto, de acuerdo a una concepción de Estado democrático y garante, exige del ente estatal un comportamiento moralmente íntegro basado en las categorías axiológicas y teleológicas de las ciencias humanas, tales como fines y valores.

En la praxis judicial vemos que los jueces y abogados al argumentar y decidir los litigios apelan no sólo al contenido de reglas jurídicas predeterminadas por el sistema positivista, sino también a otra tipología de normas denominadas por Dworkin "*Principios Jurídicos*" y "*Directrices*".<sup>308</sup>

---

<sup>308</sup> Por principios jurídicos, se entiende toda norma que es menester observar, no porque haga posible o asegure una situación económica, política o social que se juzga conveniente, sino por ser un imperativo de justicia, de honestidad o de alguna otra dimensión de la moral. En cambio, por directrices entiende a las normas que establecen metas a alcanzarse en

Por lo tanto, hablar de que se debe juzgar desde la perspectiva de la Integridad, nos marca como referente la obligación del órgano estatal de no conformarse con la aplicación silogística de la norma positiva, sin mayores justificaciones, sino en todo caso, buscar en la legislación escrita una solución plausible a la conflictiva social, sin perder de vista todos aquellos principios morales que resultan de capital importancia para lograr la armonización de la vida en sociedad.

---

orden al perfeccionamiento de algún aspecto económico, político o social de la colectividad. Fuente: GRANJA, Castro Dulce María y SANTIAGO, Oropeza Teresa, Coordinadoras. *"Moral y Derecho. Doce Ensayos Filosóficos"*. Edit. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011. Pág. 26.



**CAPITULO V**  
**APLICACIÓN DEL MODELO**  
**HERMENÉUTICO**



## **5.1. Generalidades.**

Durante el desarrollo de esta investigación se lograron identificar las características propias de la interpretación jurídica, desde sus antecedentes, hasta las escuelas de interpretación surgidas a raíz de la era del racionalismo; asimismo, fue posible advertir las peculiaridades de cada una de las corrientes hermenéuticas que fueron expuestas.

Finalmente, también se pudo analizar la teoría de la integridad en el derecho sustentada por Dworkin, que es el modelo hermenéutico que se propone como alternativa en la aplicación del derecho. Sin embargo, no sería válido concluir esta investigación sin someter a una evaluación praxeológica tal modelo; para ello, se plantean enseguida algunos casos concretos, a efecto de demostrar la plausibilidad de dicho modelo hermenéutico.

## **5.2. Derecho Positivo vs. Principios.**

El 7 de abril del 2008, se dictó sentencia definitiva en un proceso penal en el que se declaró a un sujeto de identidad reservada penalmente responsable de la comisión del delito de ataque peligroso en agravio de diverso sujeto; por tal motivo se le impuso una pena privativa de libertad de seis meses con el beneficio de que dicha pena corporal podía ser conmutable por un pago en numerario de cincuenta días de salario mínimo vigente, para lo cual, debía adherirse al citado beneficio dentro del término de treinta días siguientes a la emisión de la resolución.

No obstante, el sentenciado de ninguna forma cumplimentó la sentencia de mérito, pues fue omiso en compurgar la pena privativa de libertad impuesta o en exhibir la cantidad que se le fijara por concepto de conmutación de la pena; lo anterior trajo como consecuencia que la autoridad judicial ordenara la reaprehensión de esta persona.

Una vez que el sentenciado fue recapturado e ingresado al centro preventivo de readaptación social para compurgar la pena de prisión, solicitó al juez le concediera el beneficio de la conmutación de la pena como había sido establecido en la sentencia de fondo; empero, con apoyo en dicha sentencia que constituye una norma individualizada, y en términos del artículo 70 bis del Código Penal para el Estado de México, le fue negada su petición, pues según el argumento la autoridad judicial, el beneficio de la conmutación sólo tuvo vigencia durante el plazo de treinta días siguientes al fallo final, y como dentro de este término no se adhirió al beneficio, precluyó su derecho para hacerlo con posterioridad; consecuentemente, tuvo que cumplir la condena de seis meses de prisión.

Según se ha visto, esta determinación adoptada conforme al Derecho positivo se encuentra fundada en un razonamiento correcto desde el punto de vista de la lógica formal como el que utilizaba la escuela exegética, en el que la premisa mayor la constituye el artículo 70 Bis fracción VI del Código Penal para el Estado de México, que impone como requisito para conceder el beneficio de la conmutación de la pena al sentenciado, que se adhiera a dicho beneficio dentro de los treinta días siguientes a que cause ejecutoria la sentencia; la premisa menor la conforman los hechos, que en este caso se resumen en que el sentenciado no se acogió a dicho beneficio dentro de los treinta días siguientes a la declaración de ejecutoria del fallo final, pues su petición la formuló hasta dos años después, una vez que fue reaprehendido; y la conclusión de este silogismo, fue negarle el beneficio de la conmutación.

La conciencia hermenéutica exige necesariamente que el intérprete asuma una actitud de apertura y tolerancia de puntos de vista diversos del propio, para arribar a un nuevo conocimiento, ya no verdadero o verificable como sucede en las ciencias duras o naturales, sino razonable o plausible, por tratarse de una ciencia humana. Es importante señalar que para poder satisfacer lo que la conciencia

hermenéutica exige, bien se puede echar mano de una herramienta que ayuda a asumir posturas contrarias, y a analizar su plausibilidad: el pensamiento tópico.

Según se puntualizó en el primer capítulo, esta clase de razonamiento es propiamente una técnica de la discusión o disputa que se funda en puntos de vista utilizables y aceptables universalmente que se emplean en favor y en contra de lo opinable y que tratan de conducir a la verdad<sup>309</sup>, desde luego, mediante el establecimiento de puntos de partida comunes que comparte cierto auditorio.

Visto el presente caso desde la técnica del pensamiento tópico, surge esta interrogante, ¿qué hubiere pasado si la autoridad judicial en lugar de negar el beneficio de la conmutación de la pena al sentenciado con base en el derecho positivo, hubiere optado por abrir su horizonte y asumir una postura contraria dando razones para ello?

Desde luego que al permitirse el intérprete asumir una postura en contra, se habría problematizado el asunto, y así, mediante la lucha de argumentos contrapuestos se hubiese obtenido una solución mayormente plausible que la adoptada por la autoridad judicial; una solución fundamentada en la tesis de la integridad en el derecho de Dworkin; planteemos para ello la siguiente reflexión.

La tesis de la integridad en el derecho requiere que la solución de un conflicto no sólo quede acotada al empleo del Derecho positivo, casi sin justificación alguna más que la norma formalmente válida, sino que tenga presente los principios que se encuentran en la base del sistema jurídico, veamos cuáles son esos principios.

Las reformas constitucionales al sistema penal del año 2008, que pugnaron por la implementación de un juicio de corte acusatorio, adversarial y oral, se erigieron sobre la necesidad, entre otras, de que el sistema penitenciario lograra realmente la reinserción social de los presos, pues es sabido que los centros penitenciarios,

---

<sup>309</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia*. Edit. Taurus Ediciones, Madrid 1964, pp. 37-46.

lejos de cumplir su cometido, se convierten en auténticas escuelas del delito, de ahí que cobre sentido el interés del estado de proteger a las personas que llegan a caer en las cárceles mexicanas por delitos no graves.

Otro aspecto importante de las reformas citadas, es que se reconoce el exceso que existe en la aplicación de la prisión preventiva y la pena corporal, lo cual ha dado origen a que hoy en día haya sobrepoblación en las prisiones estatales; por tanto, en el caso específico de la prisión preventiva, a efecto de lograr una despresurización de éstas cárceles, se establecieron los principios de subsidiariedad y excepcionalidad, que implican que sólo procede la prisión preventiva cuando ninguna otra medida cautelar sea eficaz para garantizar la presencia del imputado en el juicio.

Un argumento adicional que se suma a lo anterior estriba en que la prisión, haya sido impuesta de manera preventiva o bien como sanción, tiene repercusiones económicas para el Estado, pues implica erogar recursos públicos para la manutención de los reos que se encuentran internos en las cárceles, siendo que, desde una óptica utilitarista, tales recursos bien pudiesen emplearse en obras sociales que redundarían en beneficio de la comunidad.

En materia de derechos humanos, con motivo de la reforma al artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que tuvo lugar en el mes de junio del 2011, y dada la problemática que presenta el Estado de Derecho en México, de ser poco efectivo el sistema actual de readaptación social, se trató de introducir el respeto a los derechos fundamentales en un área en la que particularmente han sido vulnerados: el sistema penitenciario.

Sobre el tenor, se estableció como norma del *ius cogens*, el principio *pro persona*, que tiene como referente obligar a la autoridad estatal a la observancia de la norma que proteja con mayor amplitud y de manera más eficaz, al ser humano.

De este contexto, se puede advertir que los lineamientos constitucionales que han inspirado a las reformas en materia penal y derechos humanos tienen como objetivos la racionalización y generación de políticas públicas coherentes a la problemática social que se vive actualmente en México, que es en el caso del sistema penitenciario, la ineficacia del sistema de reinserción social; la producción de delincuentes en las prisiones y la violación constante a los derechos fundamentales de los internos, entre otros; por lo tanto, sobre esta base, se erigieron como principios subyacentes al ordenamiento positivo, el de excepcionalidad y el de subsidiariedad de la prisión preventiva, el utilitarista y el *Pro Persona*.

Bajo estos parámetros axiológicos y desde la óptica de la integridad en el derecho, el juez, lejos de reducir su actividad jurisdiccional a una función meramente mecánica de subsunción lógica de la norma, tuvo que resolver el asunto comentado refrendando el beneficio que concede el artículo 70 Bis fracción VI del Código Penal para el Estado de México, sin importar que el sentenciado se haya acogido a dicho beneficio fuera del plazo indicado; puesto que existen circunstancias peculiares que lo permiten, aunque éstas particularidades se localicen fuera del contexto positivista.

Por ejemplo, se trata de un delito considerado no grave; el sentenciado no cae en la categoría de delincuente, pues no cuenta con antecedentes penales; la reinserción social en México no cumple su cometido, por el contrario, de ingresarlo a prisión podría incluso convertirlo en delincuente; existe sobrepoblación en las prisiones estatales; la manutención del reo genera un gasto excesivo para el estado que bien podría aprovecharse en obras sociales diversas; y además, se ha demostrado desde el punto de vista sociológico que el sistema penitenciario ocasiona graves violaciones a los derechos fundamentales de los reclusos y los estigmatiza socialmente.

En esas condiciones, al problematizar en caso en estudio confrontando por un lado todo este bloque de consideraciones sociológicas, y por otro, el artículo 70 bis del Código Penal para el Estado de México, se arriba a un conocimiento diverso del que arrojan las ciencias duras o naturales; a un conocimiento donde lo que impera es el punto de vista razonable.

De esta guisa, no obstante que el derecho positivo prevé una solución correcta desde el punto de vista de la lógica formal (artículo 70 bis del Código Penal para el Estado de México), desde la tesis de la integridad en el derecho se obtiene una solución diversa, fundada en principios, la cual otorga mayor plausibilidad a la decisión judicial, misma que se resume en conceder la conmutación de la pena al sentenciado por apearse a los principios que inspiraron la reforma constitucional del 2008, y que son el de excepcionalidad, subsidiariedad, utilitarista y Pro Persona.

### **5.3. Reglas vs. Principios.**

Este asunto tuvo lugar en el Estado de Quintana Roo. En el año 2000, el señor H y la señora M celebraron matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal y establecieron como domicilio conyugal la casa propiedad de H; de esta relación fue procreada una niña llamada N, que nació en el año 2002, la cual fue registrada ante la Oficialía Civil correspondiente a los quince días de su nacimiento.

Seis meses después, la madre "M", abandonó el hogar conyugal debido a que mantenía una relación extramarital con otra persona, por lo cual, se fue a radicar con ésta a un lugar desconocido, pero sin promover el juicio de divorcio, ni reclamar la guarda y custodia de la menor.

Debido a lo anterior, y considerando que el cónyuge abandonado trabajaba como operador de un vehículo de transporte público foráneo y por ello tenía la necesidad de ausentarse varios días del mes, trasladó su domicilio al lugar de

residencia de sus padres, para así, cuando tuviera que salir de viaje, poder dejar a su menor hija al cuidado de ellos.

Cabe agregar que por lo riesgoso de su empleo, “H” contrató un seguro de vida por la suma de \$5,000,000.00 (CINCO MILLONES DE PESOS 00/100 MONEDA NACIONAL) a favor de su menor hija, para el caso de que falleciera en algún accidente o por cualquier otra causa.

En el 2007, cuando la menor tenía cinco años de edad, el padre sufrió un accidente automovilístico en el que falleció; a consecuencia de ello, la niña recibió el pago del seguro de vida, el inmueble del padre y una pensión alimenticia por parte del Instituto Mexicano del Seguro Social; bienes que quedaron bajo la administración de los abuelos por ser ellos quienes detentaban la guarda y custodia de la menor.

No obstante, a las pocas semanas del suceso apareció la madre de la menor, quien decidió entablar demanda contra los abuelos, para reclamarles la guarda y custodia y la administración de sus bienes, bajo el argumento de que ella es la madre y que por tanto, le correspondían tales derechos de acuerdo a la legislación vigente.

La sentencia de primera instancia apoyada en el artículo 997 del Código Civil para el Estado de Quintana Roo, que establece preferencia a favor de la madre para cuidar de los hijos, resolvió que la menor “N” quedara al cuidado de su progenitora, sentencia que fue confirmada por el tribunal de apelación, bajo el argumento subjetivo de que la madre posee cualidades natas que la hacen ser la persona idónea para brindar apoyo y protección a los menores.

De esta forma, conforme a la legislación positiva vigente que ha hecho de este precepto una regla, el caso concreto quedó resuelto, pero ¿qué pasa si este asunto se le mide conforme a la tesis de la integridad en el derecho? Para dar

respuesta a lo anterior, analizaremos *prima facie* la resolución que se pudo haber adoptado desde las diversas escuelas de interpretación jurídicas, para finalmente, concluir con la decisión que se hubiese asumido desde la óptica de Dworkin.

### **5.3.1. Escuela Exegética.**

En la concepción positivista, la resolución goza de toda autoridad racional, pues es el resultado de un razonamiento formalmente correcto, donde la premisa mayor se compone por la norma 997 del Código Civil para el Estado de Quintana Roo, que establece preferencia a favor de la madre para cuidar de los hijos menores a diez años; la premisa menor, se integra por el caso concreto donde la madre reclama a los abuelos la guarda y custodia de la hija, así como la administración de los bienes de ésta, por tratarse de una niña de seis años; y el resultado, la operación lógica consistente en la subsunción de la premisa menor a la premisa mayor, para determinar que el Derecho vigente favorece a la madre, por encima de los abuelos paternos.

### **5.3.2. Escuela Histórica**

Atendiendo a la prioridad que la escuela histórica alemana otorga a la investigación de las fuentes jurídicas a lo largo del tiempo bajo la idea de que el derecho es el espíritu del pueblo, la interpretación sobre este caso no variaría en ningún sentido, puesto que el numeral invocado se erigió en un contexto social con visión androcéntrica en el que históricamente se ha atribuido a la madre el rol social de cuidar, atender y proteger a los menores de diez años, al hogar y a la familia en general, por ser la única persona supuestamente dotada de las cualidades naturales necesarias para desarrollar esta labor; mientras que al padre, sólo se le confiere el rol de proveer la manutención de la familia, quedando relegado de participar en cualquier actividad doméstica.

En otras palabras, el espíritu histórico del pueblo mexicano se fundamenta en una concepción andrógina que ha dado como resultado la imposición, ya sea directa o indirecta, de múltiples disposiciones legales que tienden a ser discriminatorias para el sexo femenino y que minan el desarrollo social, personal y profesional de las mujeres.

Por tanto, bajo el espíritu del pueblo mexicano impregnado de ese carácter andrógino, y sin entrar a una reflexión axiológica para determinar si tal disposición legal realmente vale como derecho, la sentencia hubiere prevalecido en los mismos términos de la escuela exegética.

### **5.3.3. Jurisprudencia Dogmática.**

El mismo resultado se habría obtenido si este caso se le viera desde la escuela dogmática, pues partiendo del derecho positivo que establece la preferencia de la madre para cuidar de los menores de diez años, se buscaría llegar a los principios o dogmas que subyacen al ordenamiento jurídico, para encontrar que, en efecto, el sistema jurídico mexicano se rige bajo el dogma o creencia de que la persona idónea para cuidar y atender a los hijos menores de edad, es la mujer; lo cual, no es del todo acertado.

Es bien cierto que durante los primeros meses de vida del menor, la madre, por las cualidades que la naturaleza le ha conferido como es el don de amamantar al recién nacido, resulte imprescindible que sea ella quien se haga cargo de sus cuidados; sin embargo, ello no debe llevar al extremo de considerar que siempre deba ser ella quien esté obligada a ocuparse de los hijos hasta que estos cumplan la edad de diez años; pues en la práctica, existen infinidad de casos en los que el hombre ha desempeñado un papel extraordinario como padre y en suplencia de la madre.

No obstante, el dogma bajo el que se ha creado esta disposición normativa, versa precisamente sobre esta falsa concepción del legislador de creer que la madre es el único ser capaz de cuidar, educar y proteger a los hijos menores de diez años.

De acuerdo a este planteamiento, la escuela de la dogmática jurídica habría resuelto en similares términos a la exegética, el caso que aquí se expone.

#### **5.3.4. Jurisprudencia de Conceptos.**

En la jurisprudencia de conceptos, atendiendo a una deconstrucción conceptual, iniciando primero con la determinación semántica de los conceptos contenidos en las normas, para luego reducirlos a sus partes constitutivas, se habría obtenido un conocimiento pleno del derecho positivo; empero, no se debe perder de vista que en este caso el campo referencial de cada concepto que contiene la norma 997 del Código Civil para el Estado de Quintana Roo, es demasiado claro para entender que la madre tiene preferencia para cuidar de los hijos menores a diez años; por lo que en todo caso el resultado de la sentencia hubiese sido el mismo que con el método exegético.

#### **5.3.5. Escuela del Derecho Libre.**

La escuela del Derecho Libre deja un amplio margen para el arbitrio judicial, pues permite que en caso de insuficiencia normativa el juez pueda acudir al derecho libre conforme al cual vive cada miembro de la comunidad; esta circunstancia, lejos de generar confianza en las instituciones, abona el terreno para que se desarrolle la anarquía judicial, dado que faculta al órgano jurisdiccional para que, en los casos de indeterminación de la norma, aplique un derecho libre, basado no en la razón, sino en la voluntad de quien interpreta el derecho. Por estas razones, se estima que esta escuela no es apta para satisfacer el ideal de un estado de derecho.

### 5.3.6. Escuela Científica Francesa.

En la escuela científica francesa sucede algo interesante: incurre en una postura ecléctica. Recordemos primeramente que de acuerdo a esta corriente, el derecho se informa de datos reales o naturales, históricos, racionales e ideales.

En el caso de los datos reales o naturales se habría concluido que de acuerdo a las condiciones físicas de la mujer, tendría que ser ella quien se hiciera cargo del menor de edad, dado que, como se ha dicho, durante los primeros meses e incluso, años de vida, es imprescindible el papel que juega ella en el desarrollo del menor, en su alimentación, cuidados, etcétera; por tanto, esas peculiaridades naturales de la mujer, vendrían a ser el elemento que delimite el contorno legal de la institución civil denominada filiación, que hace posible que se le impute a la mujer el cuidado del menor de diez años.

Conforme al dato histórico, tenemos como referente inmediato a la costumbre y la religión. Estos han sido elementos de suma relevancia en la construcción sociocultural del concepto género, lo cual ha dado como resultado que históricamente a la mujer se le haya atribuido como rol social el cuidado de los hijos y la atención del hogar en todos sus ámbitos.

Por ende, el marco normativo basado en estos elementos -costumbre y religión- que forman parte del bloque histórico de la ciencia jurídica, reconoce dicha construcción sociocultural de género, al grado de atribuirle valor coercitivo, por lo cual, desde esta visión se sostendría que la madre tiene la obligación moral de cuidar de los hijos menores de diez años.

No sucede lo mismo con el dato racional, pues en este caso la ciencia jurídica carece de una justificación racional y coherente que permita sostener que la madre posee mejores capacidades para ocuparse de un menor de diez años; se

ha dicho con antelación que, por sus cualidades naturales, es de vital importancia que la mamá atienda al recién nacido en sus primeros años de vida, empero, superado ese lapso de desarrollo, cualquiera de los progenitores se encuentra en igualdad de circunstancias y aptitudes para ocuparse de él.

De igual forma, los datos ideales indican que actualmente constituye un ideal de la sociedad mexicana, crear condiciones para que la igualdad de género se haga realidad; de esta suerte, mediante la adopción de acciones afirmativas el estado intenta revertir el efecto generado por las conductas y omisiones discriminatorias, y así, pugnar porque la mujer supere las barreras profesionales y laborales que históricamente se le han impuesto.

Por tanto, desde esta perspectiva, es evidente entonces que la norma en cuestión no se ajusta al ideal de un estado en el que impere la igualdad de género, puesto que lejos de cumplir con ese ideario social de equidad de género, la disposición legal le impone a la mujer una carga desproporcionada en relación al hombre, de tener que ocuparse de los menores de diez años, lo que repercute de manera directa en sus posibilidades de realización personal.

De lo anterior, podemos percatarnos que en el caso de la escuela científica francesa, los datos reales o naturales y los históricos que informan a esta escuela, apoyarían al derecho positivo en cuanto a la determinación de que es la mujer quien tiene la obligación o facultad por el simple hecho de ser mujer, de cuidar y atender a los hijos menores de diez años. En tanto que los datos racionales y los ideales de esta corriente apuntarían en sentido contrario, es decir, que dicha norma carece de sustento racional e ideal para solventar esta consideración.

En ese estado de cosas, ante la actitud intermedia que asume esta corriente sobre el debate en cuestión, resulta inviable atender a ella.

### 5.3.7. Jurisprudencia de Intereses.

No ocurre lo mismo en la jurisprudencia de intereses. Esta escuela exige a la ciencia del derecho que sistematice jerárquicamente los intereses sociales, a efecto de establecer un orden público en torno a ellos, para estar en aptitud de determinar en caso de un conflicto, cuál es el interés que merece protección.

En la introducción de esta investigación, se hizo referencia precisamente a que el Código Penal constituye una escala de valores que sirve para graduar la valía de cada bien jurídico que tutela, y se ejemplificó lo anterior en ese apartado con el derecho a la vida, que posee un valor supremo, aún por encima de otros bienes, al igual que el derecho a la libertad de las personas que también posee prevalencia sobre otros valores.

La jurisprudencia de intereses opera en similares términos; se ocupa precisamente de graduar cada uno de los intereses sociales, sean individuales o colectivos, para determinar cuál es el que merece mayor protección.

De esta forma, si bien es cierto que en el asunto que se estudia existe norma positiva plenamente aplicable al caso en estudio (artículo 997 del Código Civil mencionado) que confiere a la madre el derecho preferente a la guarda y custodia de los hijos menores de diez años, la realidad es que antes de aplicar esa disposición se debe realizar una ponderación de los intereses en conflicto para establecer aquél que goza de mayor prevalencia.

Así, al confrontar el derecho que tiene la madre para detentar la guarda y custodia de los hijos menores de diez años, con el principio del interés superior del menor que exige del estado adoptar toda clase de medidas, no sólo que no perjudiquen a los menores, sino que también les beneficien, resulta inconcuso entonces que el interés superior del menor debe imperar por encima del derecho de la madre a gozar de la guarda y custodia de los hijos menores de diez años.

Como se ha visto, esta escuela establece como base epistemológica de la ciencia del derecho, la ponderación de los intereses en conflicto; algo similar sucede si atendemos a una interpretación basada en la tesis de la integridad en el derecho.

### **5.3.8. Integridad.**

De acuerdo a la tesis de la integridad en el derecho de Dworkin, los principios informan a las normas jurídicas concretas, de tal suerte que la literalidad de la ley debe complementarse con tales principios para resolver cualquier caso, sea fácil o no.

Es importante recordar que Dworkin, contraataca la tesis positivista que tiene como referente únicamente a las normas y que deja fuera del análisis las directrices y los principios; señala, en el caso de las normas, se aplican o no se aplican; en cuanto a las directrices, son propiamente los objetivos sociales que se deben alcanzar y que se consideran socialmente beneficiosos, y los principios, son aquellos que informan a las normas jurídicas.<sup>310</sup>

De esta suerte, si bien las normas operan bajo la regla del todo o nada, es decir, o se aplican o no se aplican, los principios permiten ponderar en qué casos deben ser observados, porqué deben ser observados, en qué sentido deben ser observados, es decir, exigen necesariamente una justificación coherente para su aplicación.

En el caso en cita podemos percatarnos que existe una norma escrita establecida a favor de la mujer en el sentido de que es ella quien tiene la preferencia para gozar de la guarda y custodia de los hijos menores de diez años, lo cual, hace ver que el positivismo jurídico se olvida de interrogarse si dicha

---

<sup>310</sup> DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*, Edit. Ariel S.A. España, 2005, pág. 9.

norma vale realmente como norma, y sólo permite una alternativa de solución, la basada en el silogismo jurídico.

Sin embargo, desde la tesis de la integridad en el derecho, se debe ponderar si el objetivo social perseguido, de dar preferencia al interés superior del menor, se encuentra bien tutelado a través de la tesis positivista, o si es necesario acudir a la ponderación de principios para alcanzar tal fin. Veamos.

Por un lado, tenemos la norma positiva 997 del Código Civil para el Estado de Quintana Roo, que establece que la madre tiene preferencia para gozar de la guarda y custodia de los hijos menores de diez años; por otro lado, encontramos a un principio fundamental reconocido socialmente en la actualidad: el del interés superior del menor.

El principio del interés superior del menor implica que las políticas, las acciones y la toma de decisiones de las instituciones públicas, privadas, tribunales, autoridades administrativas o los órganos legislativos relacionados con el período de vida de un menor, deberán dar prioridad a los derechos reconocidos en los ordenamientos legales.

Así, el artículo 16 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”, ha reconocido en el contexto internacional el derecho de la niñez, sea cual fuere su filiación, a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. A crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres. A que el niño de corta edad no sea separado de su madre, salvo circunstancias excepcionales reconocidas judicialmente. A la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

De esta suerte, partiendo del principio del interés superior del menor, el juez estaba obligado a observar que la determinación de conceder la guarda y custodia a favor de la madre, lejos de beneficiarle, le era perjudicial, pues a esta persona ni siquiera la conocía, ya que desde su nacimiento hasta los cinco años de edad se desarrolló teniendo como núcleo familiar únicamente a los abuelos paternos, y por tanto, separarle de ellos dañaría su estabilidad emocional y su entorno psicosocial.

No se soslaya que este precepto tiene como *ratio legis* otorgar preferencia a la madre para ejercer la guarda y custodia de un menor, dado lo innegable que es que en los primeros meses y años de vida, las previsiones de la naturaleza conllevan una identificación total del menor con la madre; y no sólo se hace referencia a las necesidades biológicas en cuanto a la alimentación a través de la leche materna, sino, como lo han desarrollado diversos especialistas en la materia a nivel internacional, el protagonismo de las madres en la conformación de la personalidad de sus hijos durante la primera etapa de su vida resulta determinante en el desarrollo de su conducta hacia el futuro.

Sin embargo, en este asunto específico la madre, al no haber tenido la mínima convivencia con la menor durante sus primeros años de vida, resultaba ser para ella una persona desconocida, razón más que suficiente para negarle la guarda y custodia de la menor, pues como se ha dicho, ello alteraría su estado psicológico y social al sujetarla a otro régimen familiar que es ajeno para ella.

Como se puede ver, no obstante que la norma civil no deja lugar a dudas sobre la preferencia que tiene la madre para ejercer la custodia de la menor, la realidad es que atender a ello, contravendría uno de los pilares axiológicos fundamentales de nuestra sociedad contemporánea que es precisamente el interés superior del menor, al desvincularlo de su núcleo familiar, y someterlo a otro entorno social.

En mérito de lo anterior, conforme a la tesis de la integridad en el derecho, la literalidad de la ley prevista en el artículo 997 supracitado, debió ser complementada con el núcleo axiológico social, para dar lugar a una solución donde el interés superior del menor imperara sobre el derecho de la madre de tener la guarda y custodia del menor.

#### **5.4. Principios vs. Principios.**

El 4 de noviembre de 2007, durante la celebración de las elecciones para concejales, en la comunidad de Santa María Quiegolani, Estado de Oaxaca, las autoridades municipales desecharon las boletas en las que los ciudadanos habían anotado el nombre de la profesora Eufrosina Cruz Mendoza, para postularla al cargo de presidente municipal, justificando su actuar en que se trataba de una mujer.

La autoridad del municipio de Santa María Quiegolani, bajo el argumento de la aplicación del sistema de usos y costumbres, durante la asamblea comunitaria celebrada en esa comunidad el 4 de noviembre de 2007, limitó el ejercicio del derecho de participación política de la ciudadana de esa comunidad Eufrosina Cruz Mendoza, debido a que era mujer. Esta situación motivó que mediante diversos escritos la profesora Eufrosina y varios integrantes de la comunidad presentaran ante el Instituto Estatal Electoral de Oaxaca su inconformidad contra la actuación de las autoridades municipales.

No obstante, tanto el Consejo General del Instituto Estatal Electoral, como el congreso local de Oaxaca, determinaron declarar válidas las asambleas de elección de concejales, en virtud de que los pueblos de ese Estado, tienen sus formas particulares para elegir a sus autoridades que los rigen, y que estos se sujetan a normas consuetudinarias que han mantenido por tiempos inmemoriales; dichas prácticas en algunos casos excluyen a los ciudadanos para ejercer su voto o ser votados, porque no reúnen los requisitos exigidos por las asambleas

comunitarias; sin embargo, esta forma de elegir a las autoridades ha sido aceptada por la comunidad.

A diferencia del caso anterior donde la norma positiva –artículo 997 del Código Civil para el Estado de Quintana Roo- colisiona con uno de los principios que subyacen al ordenamiento jurídico -principio del interés superior del menor-, en este caso existe una colisión normativa, pero entre dos principios del mismo ordenamiento jurídico: la libre autodeterminación de los pueblos indígenas vs. principio de igualdad y no discriminación.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 2º, apartado A, fracción III, reconoce el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación y a la autonomía para elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno; sin embargo, en sus artículos 1º, párrafo primero, y 4º, párrafo primero, también reconoce la igualdad de todos los habitantes de nuestro país ante la ley, de donde se sigue la prohibición de todo tipo de discriminación que se pudiera imponer por cuestión de género.

Así también, determina en sus artículos 34 y 35, que serán ciudadanos los varones y las mujeres que hayan cumplido 18 años y tengan un modo honesto de vivir, y que tendrán como prerrogativas, además de votar en las elecciones populares, poder ser votado para todos los cargos de elección popular.

Lo anterior es acorde al artículo 9º, fracciones IX y XIII, de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, pues en estos preceptos se reitera nuevamente la prohibición de toda práctica discriminatoria que tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades, considerando como conductas discriminatorias el negar o condicionar el derecho de participación política y, específicamente, el derecho al

sufragio activo o pasivo, la elegibilidad y el acceso a todos los cargos públicos, y aplicar cualquier tipo de uso o costumbre que atente contra la dignidad e integridad humana.

Además, en el contexto internacional, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes que, establece en su artículo 8.2. que los pueblos indígenas deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas sean compatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Señala también que siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Por su parte, los artículos 2.1 y 25, incisos a) y b), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen que los estados se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna. También señalan que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de distinción y sin restricciones indebidas, del derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, y de votar y ser elegidos en elecciones periódicas.

Finalmente, la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer, en su artículo 1°, señala que el derecho al voto y a ser elegido para un cargo nacional no deberá negarse o restringirse por razones de sexo. A su vez, la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer de la ONU, en su artículo 2°, establece que en condiciones de igualdad con los hombres, las mujeres serán elegibles para todos los organismos públicos electivos establecidos por la legislación nacional, sin discriminación alguna.

En ese tenor, la tesis de la integridad en el derecho viene a ser nuevamente el puente de enlace que permite conciliar la antinomia generada por el propio sistema jurídico positivista, y de esta guisa, dar una respuesta plausible al conflicto suscitado.

En el caso de los principios, como son dinámicos y como no existe una jerarquía preestablecida, es posible que puedan generar decisiones jurídicas distintas. Por ello, afirma Dworkin que su aplicación no se da de manera automática como sucede en el caso de las normas, sino que exige imprescindiblemente del razonamiento judicial, esto es, sopesando los principios (método de la ponderación) para decidir cuál goza de mayor prevalencia.<sup>311</sup>

Es cierto que pueden suscitarse algunos conflictos en la ponderación de los principios, empero, no por ello se tiene que dejar en manos de la discrecionalidad judicial la resolución del problema; el juez debe darle triunfo al principio que tenga mayor fuerza, desde luego, aportando para ello una justificación racional del principio elegido.

Dworkin, propone que las decisiones en los casos difíciles, deben ser adoptadas principalmente a través de argumentos basados en principios, cuyo contenido es tutelar un derecho individual. Los individuos tienen derecho a que se hagan respetar de manera coherente los principios en que se basan sus instituciones<sup>312</sup>; por tanto, la decisión del juez debe estar fundada en el registro de cada comunidad, es decir, en los principios morales que esta consideró tan sobresalientes como para dotarlos de expresión pública en su sistema jurídico.<sup>313</sup>

Según se expuso con antelación, existe una colisión normativa suscitada entre dos principios; por un lado tenemos el axioma jurídico a la libre autodeterminación

---

<sup>311</sup> Ob. cit. pág. 14.

<sup>312</sup> Ob. cit. pp. 150-158.

<sup>313</sup> MELERO de la Torre, Mariano. *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el Imperio de la Ley*. Edit. Tirant lo Blanch, México, 2012, pág. 215.

de los pueblos indígenas, mientras que por otro, tenemos al principio de igualdad y no discriminación.

El derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas se sustenta sobre la base de que la preservación de sistemas normativos internos de las comunidades indígenas, es fundamental para la conservación de su identidad. En este contexto, los usos y costumbres indígenas constituyen todas aquellas disposiciones que los pueblos aplican y observan al interior de sus comunidades y que son producto de los sistemas normativos tradicionales, mantenidos a través de generaciones.

De esta forma, los sistemas normativos de las comunidades indígenas basados en sus usos y costumbres, teleológicamente persiguen reforzar la cohesión de los grupos indígenas, salvaguardando así su identidad comunitaria.

Por su parte, el principio de igualdad y no discriminación cobró auge a raíz de la revolución francesa, puesto que dados los abusos cometidos por motivo de raza, condición social, género, sexo, pensamiento, religión, etcétera, fue ideado dicho principio para imponer un límite al poder del estatal, evitando con ello que se distinguiese sin razón alguna a las personas, y de esa forma se otorgaran privilegios basados en criterios subjetivos e injustificados.

Por tanto, la igualdad y la no discriminación constituirían la base de todo sistema jurídico de occidente orientada a eliminar toda clase de diferencias, privilegios aristocráticos, riqueza capitalista, poder burocrático, supremacía racial o sexual, que tuviera como consecuencias anular o menoscabar los derechos humanos de las personas.

En resumen, mediante el axioma de la igualdad y no discriminación, la sociedad impuso un mandato a los poderes públicos: evitar que el Estado

distinguiera entre los ciudadanos, sin justificar dicha distinción en “la utilidad común”.

Visto así, se puede constatar que, en efecto, así como existe el derecho reconocido expresamente por el ordenamiento positivo vigente a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas, también concurre en el sistema legal el principio socialmente reconocido y elevado a la categoría de derecho fundamental, denominado igualdad y no discriminación, el cual exige que se garantice la participación de las mujeres en todos los ámbitos sociales, en condiciones de equidad frente a los varones.

De ahí que, partiendo de la base de que en la concepción de Dworkin, el sistema jurídico sólo se legitima si es capaz de hacer respetar los derechos de los individuos<sup>314</sup>; que derivado de ello, la tesis de la integridad exige ponderar los principios de moralidad social que subyacen al ordenamiento legal para determinar cuál de ellos debe prevalecer en determinado asunto; y sobre todo, ante la ausencia de una justificación coherente basada en el principio de utilidad común que permita solventar la distinción que hacen los grupos indígenas respecto de las mujeres, fundada en sus usos y costumbres, resulta incuestionable entonces que en este caso, el reconocimiento de la validez de las normas internas de esos pueblos y comunidades, debe estar siempre sujeto a que no se vulneren derechos y libertades de los seres humanos, por ser este un principio de moralidad social y de validez universal adoptado en nuestro sistema jurídico mexicano.

En ese tenor, desde la tesis de la integridad en el derecho, el Estado debió observar el principio de Igualdad, por encima del interés colectivo de la comunidad indígena, y de esta forma, validar la postulación de Eufrosina Cruz Mendoza, al cargo de presidente municipal.

---

<sup>314</sup> DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*, Edit. Ariel S.A. España, 2005, pp. 16-20.

## 5.5. Derecho Positivo vs. Derecho Positivo.

La señora Rosendo Cantú es una mujer indígena perteneciente a la comunidad Me'phaa, originaria de la comunidad de Caxitepec, Estado de Guerrero. El 16 de febrero de 2002, alrededor de las tres de la tarde, se encontraba en un arroyo cercano a su domicilio donde había acudido a lavar ropa. Cuando se disponía a bañarse, ocho militares acompañados de un civil que llevaban detenido, se acercaron a ella y la rodearon. Dos de ellos la interrogaron sobre los encapuchados, le mostraron una foto de una persona y una lista con nombres, mientras uno de ellos le apuntaba con su arma.

Indicó que por temor a que fueran a hacerle algo, les contestó que no conocía a la gente sobre la cual la interrogaban. El militar que la apuntaba la golpeó en el estómago con el arma, haciéndola caer al suelo y perder el conocimiento por un momento. Cuando recobró el conocimiento se sentó, uno de los militares la tomó del cabello mientras insistió sobre la información requerida, indicándole que si no contestaba iban a matarla así como matarían a todos los de Barranca Bejuco.

Manifestó que le rasguñaron la cara, le quitaron la falda y la ropa interior y la tiraron al suelo, y uno de ellos la penetró sexualmente, al término de lo cual el otro que también la interrogaba procedió igualmente a penetrarla sexualmente.

El 8 de marzo de 2002, la señora Rosendo Cantú, interpuso una denuncia por el delito de violación ante el Ministerio Público del fuero común; empero, el 16 de mayo de 2002, se declaró incompetente por razón de la materia, tomando en consideración la imputación efectuada por la agraviada, de que fueron elementos militares quienes la agredieron sexualmente, y por tanto, su conocimiento correspondía al fuero militar.

El 21 de mayo de 2002 el Ministerio Público Militar, con base en el artículo 57 fracción II inciso a) del Código de Justicia Militar, aceptó la incompetencia planteada.

El 7 de junio de 2002 la señora Rosendo Cantú presentó una demanda de amparo en contra de la declinación de competencia del fuero civil a favor del militar, la cual fue sobreseída; dicha resolución fue impugnada, no obstante se confirmó.

El 28 de noviembre del mismo año, la señora Rosendo Cantú presentó un escrito en el que solicitó al Ministerio Público Militar que se abstuviera de seguir conociendo el caso, misma que fue rechazada el 20 de enero de 2003, mediante resolución de la Procuraduría Militar; a pesar de haber interpuesto un nuevo juicio de garantías en contra de esta determinación, le fue negado el amparo.<sup>315</sup>

Hasta aquí el resumen.

Como es visible, en este caso de violación cometida por militares en activo en agravio de una persona civil, existe nuevamente una colisión normativa en el seno de la juridificación doméstica, es decir, entre el artículo 57 fracción II inciso a) del Código de Justicia Militar, con los numerales 13, 14 y 16 Constitucionales de los que se derivan los principios de “Competencia” y “Debido Proceso”.

---

<sup>315</sup> La señora Rosendo Cantú interpuso una demanda de amparo contra la decisión del Ministerio Público del fuero común de declinar su competencia a favor del fuero militar. Sin embargo, esta demanda fue sobreseída en primera instancia debido a que el acto del Ministerio Público del fuero común no es susceptible de afectar el interés jurídico de la accionante en esta vía, puesto que no constituye un acto definitivo, ni tampoco una resolución que vincule de forma directa para que el agente del Ministerio Público Militar, en favor de quien se declinó la competencia, se pronuncie en un sentido, de modo que se invocó causa de inejecutabilidad de la acción de amparo que obliga al Tribunal de Control Constitucional a no pronunciarse sobre el fondo de la cuestión. Dicha resolución fue confirmada bajo los mismos argumentos. Adicionalmente, la señora Rosendo Cantú presentó un escrito de impugnación de la competencia del Ministerio Público Militar para que se abstuviera de seguir conociendo el caso. Contra la decisión de sobreseimiento del escrito de impugnación y confirmación del fuero militar en el caso, la señora Rosendo Cantú interpuso un nuevo juicio de amparo, oponiéndose a que el Ministerio Público Militar mantuviera su competencia para conocer de la violación sexual cometida en su contra. Este recurso fue parcialmente sobreseído y parcialmente denegado en el fondo porque “si en el caso la ahora quejosa tiene el carácter de parte ofendida del delito, no es jurídicamente posible fincar la competencia para conocer e investigar de esos hechos ilícitos a la autoridad civil, dado que la intención del legislador no fue en ese sentido, sino sólo cuando en la comisión del delito se encuentren involucrados civiles y militares, o solamente civiles pero que infrinjan la ley militar, esto es, cuando el sujeto activo del delito sea un civil o paisano, circunstancia que no se actualiza dado el carácter de parte ofendida de la quejosa”. Asimismo, la Sentencia afirmó que “ante lo infundado[s] que resultan los conceptos de violación [de los derechos de la señora Rosendo Cantú, y al no existir materia de la deficiencia de la queja que suplir, lo procedente es negar el amparo”.

En esas circunstancias, es pertinente señalar que la congruencia que debe existir entre una parte y el todo y viceversa, es un elemento útil en los procesos de interpretación de una norma aislada, en relación con el ordenamiento jurídico al cual pertenece.

Esta concepción puede ubicarse en el concepto del círculo hermenéutico de Gadamer y desarrollarse como él propone, para elevar la complejidad y abstracción de la reflexión jurídica en los abogados; así pues, el círculo de la comprensión se podría erigir como un instrumento adicional en las relaciones de las partes de los sistemas jurídicos, respecto del uso de principios tales como legalidad, legitimidad, validez, vigencia, justicia, debido proceso, equidad, etcétera, pero vistos desde la totalidad del entramado legal de dicho sistema legal, veamos.

Por un lado, el Código de Justicia Militar en su artículo 57 fracción II inciso a), dispone de manera aislada que son delitos contra la disciplina militar, los del orden común o federal, cuando fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo. Con base en este precepto normativo se sometió a ROSENDA CANTU, a una investigación llevada a cabo por el ministerio público del fuero militar.

En contraposición a lo anterior, el artículo 13 de la constitución establece en su parte conducente que nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales; además, señala que subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar, pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo pueden extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército; cuando en un delito o falta de orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

Asimismo, el numeral 14 de la carta magna, establece la prerrogativa de toda persona de que no sea privada de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente

establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Del mismo modo, el precepto constitucional 16 dispone que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Del texto constitucional transcrito derivan algunos principios que rigen en nuestro sistema legal: el de “*Debido Proceso*” y el de “*Competencia*”.

El principio de “*Debido Proceso*”, desde la teoría de la integridad en el derecho, insiste en que los procedimientos utilizados en los juicios, que son los que logran el equilibrio adecuado entre las partes, sean analizados tomando en cuenta las consecuencias que ocasiona un veredicto inadecuado.<sup>316</sup>

El de “*Competencia*” teológicamente persigue limitar la actuación del estado para evitar posibles violaciones a los derechos fundamentales, estableciendo para tal efecto que sólo las autoridades específicamente determinadas, pueden emitir decisiones y ejecutar sus actos de acuerdo al ámbito de facultades que el propio texto legal les confiera.

#### **5.5.1. Gadamer.**

En el presente asunto, mediante la herramienta de Gadamer, consistente en el círculo hermenéutico, bien podría realizarse un análisis desde una parte de la totalidad del sistema jurídico mexicano, que en este caso lo es el artículo 57 fracción II inciso a) del Código de Justicia Militar, para proyectar esa fracción hacia la totalidad de la juridificación y viceversa, y así dilucidar si es posible legitimar la

---

<sup>316</sup> DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Traducción Claudia Ferrari, Edit. Gedisa, España, 2005, pág. 125.

decisión adoptada por el Ministerio Público Militar y por los Tribunales Colegiados, de sujetar la investigación al fuero de guerra.

De esta guisa, se podría haber advertido que el artículo 57 fracción II inciso a) del Código de Justicia Militar, no encuentra correspondencia con la totalidad del sistema jurídico, pues mientras que por un lado el ministerio público militar determinó ampliar su fuero hasta abarcar a Rosendo Cantú con base en ese precepto; la normatividad constitucional citada con antelación -13, 14 y 16-, es clara en proscribir esta decisión, atendiendo a que resulta inviable sujetar a un civil al fuero militar como aquí se pretendió.

Por tanto, se concluye que la parte o fracción analizada de nuestro sistema legal (artículo 57, II, inciso a, del Código de Justicia Militar), no encuentra una relación de correspondencia con la totalidad del andamiaje jurídico mexicano, por lo cual, se estima imposible justificar la decisión del ministerio público militar.

De manera adicional, es menester mencionar que en determinado momento la decisión adoptada por el agente investigador militar pudo haber ocasionado incluso impunidad, dado que la justicia militar sólo debe ser utilizada excepcionalmente para juzgar a militares activos por la presunta comisión de delitos en su función en sentido estricto; empero, en el supuesto de que se involucren violaciones a derechos humanos de las personas civiles, como sucedió en este delito, la jurisdicción penal militar no satisface los requisitos de independencia, imparcialidad y competencia para conocer las violaciones a los derechos humanos, y el sometimiento del caso a ésta viola la garantía de juez competente.

Además, considerando que en un Estado democrático la jurisdicción penal militar debe de tener alcances restrictivos y excepcionales, y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares, sólo se debió someter al fuero militar en el caso de que se

hubieren cometido delitos o faltas que por su propia naturaleza atentaran contra bienes jurídicos propios del orden militar.

Por tales motivos, ante la imposibilidad de justificar desde el círculo hermenéutico de la comprensión esta decisión, la alternativa de solución plausible se puede encontrar en la tesis de la integridad en el derecho, que prescribe que en caso de insuficiencia normativa se deben observar los principios que subyacen al orden jurídico nacional.

De esta forma, por encima de la literalidad del artículo 57 fracción II a) del Código de Justicia Militar, debieron imperar los principios de “*Debido Proceso*” y de “*Competencia*” derivados del texto constitucional -artículos 13, 14 y 16-, y así, pugnar porque la autoridad del fuero común conociera de la investigación, pues en estos principios descansan los ideales de la sociedad de limitar el ejercicio del poder público, en aras del respeto a la dignidad de la persona.

# **CONCLUSIONES**



## Conclusiones.

A lo largo de esta investigación se analizaron las peculiaridades de la interpretación jurídica, sus antecedentes, las escuelas interpretativas, la hermenéutica filosófica y la tesis de la integridad en el derecho de Dworkin, veamos de manera resumida algunas cuestiones importantes.

Según se expuso, la interpretación jurídica en los pueblos hebreo, griego y romano, estuvo reservada de manera exclusiva a los pontífices, en virtud de que en aquellas épocas regían gobiernos teocráticos; empero, con la evolución de la antigua Roma que la llevó hasta convertirse en una República, la facultad de legislar e interpretar normas pasó a manos del emperador.

A partir de ese momento la interpretación atravesó diversas etapas relevantes, por ejemplo, *la interpretatio*, que abarcó desde la República hasta el siglo XI; los glosadores -antecedente directo de la escuela exegética - que tuvieron cabida del siglo XI al XIII; y, los postglosadores o comentaristas, cuya vigencia fue del siglo XIII al XV; destacando de la primera - *la interpretatio*- el código de Justiniano, en específico el libro denominado el Digesto, en el que se plasmaron reglas de interpretación de las diversas figuras jurídicas que surgieron a raíz de esta compilación legislativa.

De los glosadores, el método analítico que utilizaban para fijar el alcance y significación de los términos contenidos en la legislación romana, mediante notas aclaratorias entre líneas o al margen; y de los postglosadores o comentaristas, su punto de vista crítico respecto de los resultados que arrojó la corriente de los glosadores; su libertad para analizar los textos romanos; y, su interés por elaborar una ciencia jurídica profundizando sobre los problemas concretos que surgían en la práctica.

A pesar de las discrepancias que se vislumbran entre los glosadores y los comentaristas, existe un punto común de encuentro: la tónica, que como se vio, constituye precisamente el método por excelencia para discurrir sobre temas relativos a las ciencias humanas.

Por otro lado, el siglo XVIII fue el momento determinante en la evolución de la ciencia jurídica del mundo occidental, pues a raíz del constitucionalismo de aquella época y de la corriente racionalista que fue la base epistemológica de la Ilustración, donde además, cabe agregar tuvo su mayor auge el positivismo jurídico fundado en la aplicación de la norma escrita, surgieron nuevas formas de concebir a la interpretación jurídica.

Se debe recordar que en los regímenes absolutistas, la facultad interpretativa de la que gozaba el juzgador escudada bajo la tesis de la discrecionalidad judicial, generó infinidad de injusticias sociales en aras de proteger los intereses del soberano; por ello, la revolución francesa fundada en la ideología de la división de poderes, pugnó por suprimir dicha facultad interpretativa, para de esta forma someter al juez a ser un simple exegeta de la ley, apoyándose para ello en una herramienta propia de la lógica formal: el silogismo jurídico.

En ese contexto surgieron innumerables escuelas de interpretación jurídica (historicista, dogmática, conceptual, intereses, etc.) que tuvieron como propósito contrarrestar la falsa creencia de que sólo mediante un razonamiento correcto desde el punto de vista de la lógica formal postulado por la escuela exegética, se podía desarrollar de manera coherente la ciencia jurídica.

A pesar de lo plausibles que fueron las corrientes opositoras a la exégesis francesa, no lograron minar las bases del positivismo, pues de cualquier modo, su punto de partida lo constituía el derecho escrito.

No obstante, bajo el esquema teórico de la hermenéutica filosófica que se expuso en el capítulo tercero, quedó plenamente evidenciado que, dada la barrera de corte epistémico y metodológico que existe entre las ciencias humanas y las duras o experimentales, no es posible regir a las primeras bajo las leyes de las segundas; por ende, una visión meramente positivista de la praxis jurídica se consideró incapaz *per se* de satisfacer los ideales de un estado de derecho; veamos la razón de tal aseveración.

Las ciencias humanas se fundan en un campo dentro del cual el hombre es parte, por lo que visto así, no debe existir distinción entre sujeto y objeto; en tanto que las ciencias naturales, se basan en fenómenos externos al hombre que, para gozar de autoridad científica, requieren de su constatación por medio de los sentidos.

En las ciencias naturales, el hombre sólo incorpora fenómenos distintos de él cuyo carácter fundamental de cosas, se le escapa; mientras que en las ciencias humanas el hombre puede conocer al hombre por más extraño que parezca, porque puede dar signos vitales y distintivos de su propia existencia; asimismo, las modalidades epistemológicas de las ciencias del espíritu son extraídas de la vivencia del hombre de acuerdo a Dilthey, en tanto que en las de la naturaleza, son un extracto de la observación del mundo exterior.

En el caso del concepto "*Verdad*", varía de una ciencia a otra; la "*Verdad*" para las ciencias duras o experimentales, es el concepto de "*Verdad*" como correspondencia entre la representación mental y el objeto del mundo exterior que puede ser verificable por medio de la experiencia sensitiva; sin embargo, cuando se analiza un texto, un comportamiento social, un hecho del pasado, una obra de arte, se accede a una verdad que no puede verificarse del mismo modo que se verifican las afirmaciones sobre el mundo concreto; es aquí donde juega su papel fundamental la hermenéutica.

En el plano metodológico ambas ramas del saber se distinguen por el análisis explicativo que tiene lugar en las ciencias naturales, en contraposición al procedimiento comprensivo descriptivo de las ciencias humanas; por lo que mientras las ciencias naturales se sustentan en explicaciones causales, las del espíritu utilizan categorías axiológicas y teleológicas, tales como *significado*, *fin*, *valor*.

Generalmente, la comunidad científica tiende a otorgar autoridad a aquel conocimiento fundado en el método, por lo cual, se hace énfasis en que el punto de partida para generar conocimiento es precisamente el uso de determinados pasos que forman parte del método científico; esta fue la base epistemológica del racionalismo, que dio lugar a que sus postulados se extendieran hasta las ciencias humanas y contra lo cual se opuso Dilthey.

Sin embargo, según se ha dicho, se perdió de vista que el objeto de estudio de estas ciencias no lo constituyen los hechos de la naturaleza, ni datos duros, sino algo totalmente diferente, algo en el que el individuo está involucrado: la comprensión. Por lo tanto, la interpretación del derecho se vio en la necesidad de dejar de ser un problema de carácter meramente técnico, para convertirse en un problema de corte filosófico, teniendo como base los elementos de la tradición humanística.

En este terreno, la hermenéutica de Gadamer aportó algunas herramientas fundamentales que pueden ser útiles para auxiliar en la comprensión e interpretación de la ciencia jurídica; por ejemplo, a través del concepto "*formación*", se reconoce en el individuo que de acuerdo al lugar que ocupa en el espacio y en el tiempo, se encuentra expuesto a elementos que van moldeando su percepción de la realidad, lo que a fin de cuentas le aporta su base conceptual con la que enjuicia al mundo concreto y genera reflexiones comprensivas en torno a ello; de ahí su relevancia en la hermenéutica.

El *prejuicio legítimo*, que en la Ilustración se le había atribuido un cariz negativo, la hermenéutica filosófica contrario a ello, lo rehabilita y reconoce que en él existe una anticipación de sentido que permite aproximarse hacia a una realidad y comprenderla, sobre la base de la experiencia.

El *círculo hermenéutico*, que se conceptúa como el momento en el cual el individuo realiza una actividad intelectual de comprensión para establecer relaciones entre el texto, visto como una parte de un universo de sentido mayor, y el conjunto de manifestaciones del cual forma parte, mediante la relación de correspondencia; permite en el individuo una percepción comprensiva más amplia basada en destacar las relaciones de pertenencia de las partes en su propia particularidad, así como aquellas que guarda la entidad completa vista como una unidad de sentido.

La *distancia histórica*, que se refiere propiamente a que el intérprete se encuentra en un espacio temporal diverso de aquel en que se formuló el texto; no deber verse como un obstáculo en el proceso de la comprensión, puesto que si bien es cierto que existe una disimilitud temporal entre autor, texto e intérprete, también es cierto que pueden abrirse nuevas posibilidades de comprensión que respondan a las necesidades particulares de cada momento determinado.

Debido a ello, se ha considerado a la interpretación como una actividad creadora, como una fuente inagotable en la asignación de significados o sentidos, en tanto que actualiza el texto a la situación temporal en que se aplica.

De esta forma, apoyados en estos conceptos *-formación, prejuicio legítimo, círculo hermenéutico y distancia histórica-*, es posible establecer un puente entre el individuo, el texto y la realidad, que permita una reflexión mucho más amplia, capaz de responder a las necesidades de comprensión que cada momento exija, a través de lo que Gadamer denomina *fusión de horizontes*.

De acuerdo a lo anterior, se arriba a una primera conclusión: Es imposible regir a la ciencia del derecho bajo la base epistemológica y metodológica de las ciencias exactas y naturales, por ende, el modelo iuspositivista de finales del siglo XVIII a la fecha, adoptado por nuestro sistema jurídico y fundado en la escuela exegética francesa, se estima insuficiente en la actualidad para establecer criterios hermenéuticos que gocen de toda coherencia.

En su lugar, tal como fue expuesto en el marco introductorio de esta investigación, se ha propuesto de manera complementaria y como una alternativa posible, acudir a la tesis de la integridad en el derecho de Ronald Dworkin, que constituye en la actualidad una nueva visión pragmática en el campo de aplicación de la norma, capaz de auxiliar a la actividad jurisdiccional a alcanzar su pleno desarrollo, a través de fallos dotados de mayor plausibilidad.

Al respecto, en el capítulo IV se puso de relieve que tanto el derecho positivo que se basa fundamentalmente en la aplicación de la norma escrita, como la tesis de la integridad en el derecho que reconoce a los principios morales sociales como pieza clave de un sistema legal, juegan un papel determinante en el ámbito de la aplicación del derecho de cada sociedad.

La virtud de la integridad se dijo, exige a la autoridad actuar bajo los principios morales sociales; de esta guisa, el juzgador, al resolver un conflicto no debe conformarse con la observancia del derecho positivo, sino que necesita acudir forzosamente a los principios inherentes al ordenamiento jurídico, para construir una decisión coherente y adecuada al caso en estudio.

El positivismo jurídico tradicional tiene como fundamento epistemológico a la escuela de la exégesis, pues reduce el marco de actuación del juzgador a la letra de la ley y a la voluntad del legislador, dado que la considera como fruto del correcto entendimiento humano.

De ahí que la actividad judicial, parafraseando a esta escuela, se halle acotada únicamente a: i. Delimitar el caso concreto; ii. Ubicar la hipótesis normativa; iii. Mediante un procedimiento de subsunción de las premisas anteriores, obtener un resultado producto de un razonamiento de lógica formal.

De manera similar, el positivismo jurídico contemporáneo, aunque no se aparta del todo de sus fundamentos filosóficos originales, admite que existen casos difíciles en los que es posible que existan campos de indeterminación de la norma derivados de muchos factores, por ejemplo, la vaguedad y la ambigüedad del lenguaje, lo cual ocasiona que existan múltiples soluciones sobre un mismo asunto; en ese caso, el juzgador tiene que recurrir a la discrecionalidad judicial para resolver el litigio que se le ha planteado.

Como quiera verse, los postulados del positivismo y post-positivismo pueden resumirse en lo siguiente:

- El derecho es un sistema general de normas creadas por el legislador, y por tanto, pre-existen al juez;
- El derecho se reduce a la legislación;
- El derecho es un sistema cerrado que siempre permite encontrar una solución para cada caso (principio de plenitud hermética);
- El juez en caso de insuficiencia de la ley crea derecho bajo la tesis de la discrecionalidad judicial.

En contraste, Dworkin, parte de la base de que cuando no existe norma aplicable al caso, es una aporía considerar que el juez se encuentra en aptitud de

crear derecho conforme a su prudente arbitrio, pues no obstante que haya situaciones de hecho en las que no se pueda lograr la concreción de norma alguna, eso no significa que tampoco se pueda recurrir a los principios morales sociales.

Por ello, exige que al interpretar el ordenamiento jurídico desde la perspectiva de la integridad en el derecho, los jueces actúen bajo la base axiológica y teleológica de las ciencias del espíritu –fines y valores-, por ejemplo, la equidad, justicia y debido proceso; es decir, teniendo como parámetro normativo, además de la norma escrita, los principios que subyacen a esta.

Para tal efecto, el juez tiene que examinar las reglas, principios y antecedentes relevantes y decidir cuál es la solución que mejor se adapta a las prácticas sociales, observando desde luego, una correcta justificación basada en principios.

Así pues, es factible extraer de la tesis de Dworkin, los siguientes presupuestos:

- El derecho es una realidad dinámica que, dado ese dinamismo, se orilla al juzgador a buscar, en caso de insuficiencia normativa, los principios que subyacen al ordenamiento jurídico;
- Existe un campo de indeterminación de la norma que se debe colmar, no mediante la tesis de la discrecionalidad judicial, sino con los principios morales sociales que se hallan en la base de la legislación positiva; visto así, el juez aplica el derecho existente en el sistema jurídico, no lo crea.

Sin importar las discrepancias que se aprecian entre el positivismo jurídico, cuyo mayor referente es la escuela exegética francesa, y la tesis de la integridad en el derecho de Dworkin, reitero la premisa inicial: al caer la jurisprudencia dentro del campo de las ciencias humanas o del espíritu como fue expuesto por los

hermeneutas, no debe existir una oposición tajante entre lo moral y lo jurídico, sino por el contrario, debe imperar una relación de complementariedad entre la juridificación escrita y los principios morales que subyacen al ordenamiento legal.

Fijada esta postura, en el capítulo V se expusieron algunos casos concretos con los cuales se intentó validar tal conclusión, contrastando desde luego en los casos analizados el Derecho Positivo vs. Principios; las Reglas vs. Principios; Principios vs. Principios; y, Derecho Positivo vs. Derecho Positivo, a efecto de hacer atractivo el modelo hermenéutico que se propone.

Por ejemplo, en el primer caso se pudo ver el enfrentamiento entre una norma de derecho positivo -artículo 70 Bis fracción VI del Código Penal para el Estado de México que impone como requisito para conceder el beneficio de la conmutación de la pena al sentenciado, la adhesión a dicho beneficio dentro de los treinta días siguientes a que cause ejecutoria la sentencia- contra los principios de excepcionalidad, subsidiariedad, utilitarista y pro persona, triunfando por encima del derecho positivo tales principios, porque son los que mejor pueden adaptarse al caso en estudio.

Como se vio en su momento, este caso específico versó sobre un delito considerado no grave; el sentenciado no incurría en la categoría de delincuente; la reinserción social en México, no cumple su cometido; de ingresarlo a prisión podría haberlo convertido en delincuente; existe sobrepoblación en las prisiones estatales; la manutención de los reos genera un gasto excesivo para el estado que bien podría aprovecharse en obras sociales diversas; y, el sistema penitenciario ocasiona graves violaciones a los derechos fundamentales de los reclusos y los estigmatiza socialmente.

Debido a estas consideraciones, la solución que mejor se adapta al caso en estudio, es la fundada en la tesis de la integridad en el derecho, aún por encima

de la norma positiva en cita, por encontrarse debidamente justificada en coherencia y adecuación.

De igual forma, en el segundo ejemplo se confrontó una norma de derecho positivo asimilada en el colectivo social como regla -derecho de la madre de gozar de la custodia de un menor- contra un principio reconocido, tanto por nuestro núcleo axiológico social, como por el Derecho Internacional: el Interés Superior del Menor.

En este caso, con independencia de que la regla le atribuyera a la madre la preferencia para ejercer la custodia de un menor, se ponderó que ella, al no haber tenido la mínima convivencia con la menor durante sus primeros años de vida, resultaba ser una persona desconocida para ésta, y de permitir que la madre gozara de la custodia, hubiere alterado el estado psicológico y social de la menor al sujetarla a un régimen familiar que es ajeno para ella.

Por ende, de acuerdo a la tesis de la integridad en el derecho, el principio del interés superior del menor debió observarse en la resolución del juicio familiar, por ser el que posee mayor plausibilidad, por encima de la regla jurídica mencionada.

En el tercer ejemplo, se confrontaron dos principios: La libre autodeterminación de los pueblos indígenas contra la igualdad y no discriminación; por un lado, la libre autodeterminación de los pueblos indígenas, reconoce el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a su autonomía, para elegir de acuerdo a sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales a las autoridades o representantes; en tanto que la igualdad y no discriminación exige condiciones y oportunidades idénticas para hombres y mujeres, sin distinción alguna.

De esta suerte, si bien es cierto que el sistema jurídico permite establecer normas discriminatorias en casos excepcionales, no menos cierto es que dichas normas deben estar debidamente justificadas en causas de utilidad común, o bien,

imponerse únicamente para revertir los efectos de la discriminación que han sufrido históricamente ciertos grupos vulnerables.

Por tanto, como se consideró en ese caso que no había causa razonable que justificara la discriminación por razón de género que le privó a Eufrosina Cruz Mendoza de su derecho político a ser votada, más que el respeto por los usos y costumbres de los pueblos indígenas, conforme a la tesis de la integridad en el derecho, el principio de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas quedó supeditado al principio de igualdad y no discriminación, que hoy en día constituye un derecho fundamental de las personas.

Finalmente, en el cuarto ejemplo se confrontaron dos normas de derecho positivo, por un lado el artículo 57 fracción II inciso a) del Código de Justicia Militar, que prevé que son delitos contra la disciplina militar los del orden común o federal cuando fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo; en tanto que por otro, los artículos 13, 14 y 16 de la Constitución, que establecen como lineamientos generales del sistema jurídico los principios de Debido Proceso y Competencia.

En ese supuesto, recurriendo a una herramienta hermenéutica aportada por Gadamer -círculo de la comprensión- se logró concluir que la norma positiva (artículo 57 fracción II inciso a del Código de Justicia Militar) no se correspondía con el entramado constitucional, por tanto, se tenía que inaplicar dicha disposición para de esta forma hacer imperar la tesis de la integridad en el derecho que se sustenta en los principios que subyacen al ordenamiento jurídico, como son en este caso el Debido Proceso y la Competencia.

Con apoyo en estos ejemplos se arriba a la conclusión final de esta investigación: En la aplicación e interpretación de la norma jurídica, no sólo intervienen factores meramente racionales como lo consideró la corriente

positivista apoyada en la escuela exegética, sino también factores de diversa índole, como son los valores que integran el núcleo axiológico de cada comunidad.

Por tanto, la tesis de la integridad en el derecho, cuyo fundamento epistemológico son los principios de moralidad social que subyacen al ordenamiento jurídico, se considera que es la alternativa viable para superar la barrera teórica y metodológica suscitada entre Moral y Derecho, y por tanto, puede constituir un complemento adicional elemental en el campo de la aplicación de la norma, puesto que si se acepta ser gobernado no sólo por reglas explícitas, sino por cualquier otra norma proveniente de los principios que subyacen a estas, reconocidas por la comunidad, entonces, el sistema jurídico podrá expandir o contraer su sentido de una manera justificada en coherencia y adecuación de acuerdo a cada circunstancia, sin necesidad de una legislación detallada o casuística como en su momento se consideró al Código de Napoleón.

Desde luego que no soy ajeno a los riesgos sociales que se corren al facultar al juez para que, en aras de armonizar el derecho positivo con los principios de moralidad social, busque la solución plausible a un caso concreto, pues la historia ha mostrado que, bajo el subjetivismo radical que en determinados casos llegan a asumir algunos órganos jurisdiccionales, se ocasionan serias injusticias sociales como las que se vivieron en el período previo a la revolución francesa.

Sin embargo, no debemos perder de vista que en la concepción del estado moderno, han tenido una notable evolución los derechos fundamentales de las personas, a grado tal, que hoy en día es posible incluso inaplicar disposiciones de derecho doméstico, en aras de tutelar los derechos humanos.

Por lo tanto, sin pretender ser utopista al creer que esta propuesta es la panacea para operar correctamente el aparato judicial ante tal o cual caso, considero que en la praxeología del derecho judicial, bien se puede hacer uso de este modelo interpretativo, para de esta forma dar paso a un nuevo paradigma en

la aplicación de la norma; un paradigma en el que la tensión existente entre lo moral y lo jurídico sea menos antinómica y más dialéctica, esto desde luego, mediante la tesis de la integridad en el derecho.



## BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ CAMPOS, Raúl. *Hermenéutica, Teoría E Interpretación*. Editorial Plaza y Valdés Editores, México, 2002.

ALEXY, Robert. *Derecho Y Razón Práctica*. Editorial Distribuciones Fontamara S.A., México, 2006.

ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I. *Introducción Al Derecho*. Editorial Mc Graw Hill, México, 1997.

ATIENZA, Manuel. *Bioética, Derecho y Argumentación*. Editorial Palestra Editores, Colombia, 2004.

ATIENZA, Manuel. *Cuestiones Judiciales*. Editorial Fontamara, México, 2001.

ATIENZA, Manuel. *El Derecho como Argumentación*. Editorial Fontamara, México, 2005.

ATIENZA, Manuel. *El Sentido del Derecho*. Editorial Ariel, Barcelona, 2004.

ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. Editorial Palestra Editores, Lima Perú, 2006.

ATIENZA, Manuel. *Las Piezas del Derecho*. Editorial Ariel, Barcelona, 2004.

BERUMEN CAMPOS, Arturo. *Apuntes de Filosofía del Derecho*. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2003.

BEUCHOT, Mauricio. *Tratado de Hermenéutica Analógica*. Editorial Itaca, México, 1997.

BOBBIO, Norberto. *El problema del Positivismo Jurídico*. Traducción Ernesto Garzón Valdés, Editorial Distribuciones Fontamara, México, 2007.

BONNECASSE, Julián. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Cajica Jr., Puebla, México, 1944.

BONNECASSE, Julián. *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Edit. Harla, México, 1993.

BROEKMAN Jam M. *Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*. Edit. Temis S.A., Bogotá, Colombia, 1997.

CALVO, José, *Derecho y Narración*. Editorial Ariel, Barcelona España, 1996.

CASTÁN TOBEÑAS, José. *Teoría de la Aplicación e Investigación del Derecho*. Editorial Instituto Editorial Reus, Madrid, España, 1947.

CASTIVO ALVA, José Luis, LUJÁN TÚPEZ, Manuel y ZAVALETA RODRÍGUEZ Róger. *Razonamiento Judicial. Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales*, Edit. Ara Editores, Perú, 2006.

CISNEROS FARÍAS, Germán. *La Interpretación de la Ley*. Editorial Trillas, México, 2001.

COULANGES DE, Fustel. *La Ciudad Antigua*. Editorial Porrúa, México, 2010.

DILTHEY, Wilhelm. *Dos Escritos Sobre Hermenéutica*, Editorial Istmo, Madrid, España, 2000.

DROYSEN, Johann Gustav. *Sumario de Historia*, Editorial Sansoni, traducción D. Cantimori, Florencia, 1943.

DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*, traducción Claudia Ferrari, Editorial Gedisa, Barcelona, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, traducción Marta Guastavino, Editorial Ariel S.A. España, 2005.

FERRARIS, Mauricio. *Historia de la Hermenéutica*, Editorial Siglo xxi Editores, México, 2007.

FLORIS MARGADANT, S. Guillermo. *El Derecho Privado Romano*. Editorial Esfinge S.A. de C.V., Naucalpan, México, 1995.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método I*, Editorial Ediciones Sígueme Salamanca, España, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método II*, Editorial Ediciones Sígueme Salamanca, España 2006.

GARCÍA GALLO, Alfonso. *Manual de la Historia del Derecho Español*. Editorial Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1972.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, México, 2002.

GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia, GORENC, Klaus-Dieter, SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto. *Control Social en México*, Editorial Ediciones Acatlán, México, 2004.

GRANJA, Castro Dulce María y SANTIAGO, Oropeza Teresa, Coordinadoras. *“Moral y Derecho. Doce Ensayos Filosóficos”*. Editorial Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*. Editorial Porrúa, México, 2008.

HABERMAS, Jürgen, *Teorías de la Verdad, Teoría de la Acción Comunicativa: Complementos y Estudios Previos*, trad. M. Jiménez, Editorial Cátedra, Madrid, 1989.

HABERMAS, Jürgen, *Teorías de la Acción Comunicativa I: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social*. Editorial Taurus, México, 2008.

HABERMAS, Jürgen, *Teorías de la Acción Comunicativa II: Crítica De La Razón Funcionalista*. Editorial Taurus, México, 2006.

HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. Editorial Abeledo Perrot. Traducción Genaro Carrió, Buenos Aires, Argentina, 2009.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Edit. Espasa Calpe, Madrid, 1988.

KARL LARENZ. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1994.

LA SANTA BIBLIA. ANTIGUA VERSIÓN DE CASIODORO DE REYNA (1569), REVISADA POR CIRPRIANO DE VALERA (1602). Editorial Sociedades Bíblicas Unidas 1960.

LOZANO DIAZ, Vicente. *Hermenéutica y Fenomenología*, Editorial EDICEP, Valencia, España 2006.

MANTILLA PINEDA, Benigno. *Filosofía del Derecho*. Santa Fe Bogotá, Colombia, Editorial Temis S.A., 1996.

MARMOR, Andrei. *Interpretación y Teoría del Derecho*. Barcelona, España, Editorial Gedisa, 2001.

MCCARTHY, Thomas, *La Teoría Crítica de Jürgen Habermas*, Trad. M. Jiménez, Editorial Tecnos, Madrid, 1987.

MELERO de la Torre, Mariano. *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el Imperio de la Ley*. Editorial Tirant lo Blanch, México 2012.

NIETO, Alejandro. *El Arbitrio Judicial*. Editorial Ariel, Barcelona, Madrid, 2000.

NIÑO, José Antonio, *La Interpretación de las Leyes*. Editorial Porrúa S.A., México, 1971.

ORUNESU, Claudina, PEROT, Pablo M., y Rodríguez, Jorge L. *Estudios Sobre la Interpretación Dinámica de los Sistemas Constitucionales*. Editorial Fontamara, México, 2005.

OTERO PARGA, Milagros, *Cuestiones de Argumentación Jurídica*. Editorial Porrúa, México, 2006.

PEGUEROLES, J. *La Hermenéutica de Gadamer*. Editorial Facultad de Teología de Catalunya, Madrid 1998.

PERELMAN, Ch., *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. Editorial Civitas, S.A., España, 1988.

PERELMAN Chaim y OLBRECHT-TYTECA Lucie, *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, Trad. Castellana de Sevilla Muñoz, Julia, Editorial Gredos, Madrid, 1989.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Harla, México, 1989.

RADBRUCH Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*, Edit. Fondo de Cultura Económica, México 1985.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, México, 2003.

REYNOSO DÁVILA, Roberto. *La Misión del Juez ante la Ley Injusta*. Editorial Porrúa, México, 1999.

RICOEUR, Paul. *Del Texto a la Acción*, Editorial Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina 2010.

RICOEUR, Paul. *Teoría de la Interpretación*. Editorial Siglo XXI Editores S.A. de C.V. México, 2006.

RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo. *Metodología Jurídica*. Editorial Oxford, México, 2001.

RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial. El Debate Hart-Dworkin*. Editorial Siglo de los Hombres Editores, Bogotá, 2002.

RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan N. *Pandectas Hispano-Mexicanas*, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980.

SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, *Sistemas Ideológicos y Control Social*, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Editorial Porrúa, México, 1998.

SANTIAGO NINO, Carlos. *Introducción al Análisis del Derecho*. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1992.

SAVIGNY, M. F. C. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Traducción Jacinto Mesía y Manuel Poley. Editorial Centro Editorial de Góngora, Madrid.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Introducción a la retórica y la argumentación*. Editorial Ediciones Corunda, S.A. de C.V., México, 2005.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y Argumentación Jurídica*. Instituto de Investigaciones de la UNAM, México, 2003.

TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

THEODOR, Viehweg. *Tópica y Jurisprudencia*. Editorial THOMSON CIVITAS, España, 2007.

VATTIMO, Gianni. *Ética de la Interpretación*. Editorial Ediciones Paidós Ibérica, S.A. Barcelona, 1991.

VERNENGO, J, Roberto. *La Interpretación Jurídica*, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1977.

VESCOVI, Enrique. *Introducción al Derecho*. Editorial IB de F, Montevideo, Buenos Aires, 2002.

VILLORO TORANZO, Miguel. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa, México, 1996.

VILLORO TORANZO, Miguel. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, México, 2002.

VIOLA, Francisco y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e Interpretación: Elementos de Teoría Hermenéutica del Derecho*, Editorial DYKINSON S.L., Madrid, 2007.

WESTON, Anthony, *Las Claves de la Argumentación*. Trad. Malem Seña J.F. Editorial Ariel, Barcelona, España, 2006.

XOLOCOTZI YÁÑEZ, Ángel. *Subjetividad Radical y Comprensión Afectiva*. Editorial Plaza Valdés Editores, México, 2007.

ZACCARIA, Giuseppe. *Razón Jurídica e Interpretación*. Editorial THOMSON CIVITAS, Madrid, 2004.

ZÚÑIGA, J.F. *El Diálogo como Juego. La Hermenéutica Filosófica De Hans-George Gadamer*. Editorial Universidad de Granada, España, 1995.

## OBRAS DE REFERENCIA

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, España, Madrid, 1992.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, *INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS*, Editorial Porrúa, México, 2000.

FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo. *Diccionario de derecho romano*. Edit. Sea, Buenos Aires.

ORTIZ OSÉS, Andrés y LANCEROS, Patxi. *Diccionario Interdisciplinar de Hermenéutica*, Editorial Universidad de Deusto, Bilbao, España 2006.

PIMENTEL, Julio. *Diccionario Latín-Español, Español-Latín*, Editorial Porrúa, México, 2002.

## REVISTAS

CARRASCO GARCÍA, Consuelo. *La exceptio non numeratae pecuniae en los tratados de Pandectas del siglo XIX: Una aproximación al método de la Pandectística y sus resultados*, Revista Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo LXXIII, Madrid, 2003.

CARVAJAL ARAVENA, Patricio Hernán. *La Historia del Derecho y la Historiografía Jurídica Alemana del Siglo XX*. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Vol. XXXII, Valparaíso Chile, 2010.

ESTRADA CHAVEZ, Oscar A. “*Las escuelas clásicas de interpretación y la argumentación jurídica. Primera Parte. La escuela de la Exégesis*”, Revista de Investigaciones Jurídicas, número 24, México, 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Aproximación a la Escuela Histórica del Derecho*, Revista Boletín de la Facultad de Derecho núm. 14, Madrid, España, 1999.

RODRÍGUEZ VALCARCE, Francisco. *La escuela de la exégesis y los comentaristas del derecho positivo*, Revista de Derecho Notarial, número 55, Madrid, enero-marzo 1967.

## **LEGISLACIÓN**

Código Civil para el Estado de Quintana Roo.

Código de Justicia Militar.

Código Penal para el Estado de México.

Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer.

Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer de la Organización de la Nacional Unidas.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. "Protocolo San Salvador"