

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
POLÍTICAS**

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



EL DERECHO: UNA TECNOLOGÍA SOCIAL

TESIS

PRESENTADA POR:

RONALD ALAN CHOQUEHUANCA HUARCAYA

ALEX QUISPE CHURA

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

**PUNO – PERÚ
2017**

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



EL DERECHO: UNA TECNOLOGÍA SOCIAL

TESIS PRESENTADA POR:

RONALD ALAN CHOQUEHUANCA HUARCAYA

ALEX QUISPE CHURA

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

APROBADO POR EL JURADO REVISOR CONFORMADO POR:

PRESIDENTE

:

Abog. **JESUS LEONIDAS OSWALDO BELÓN FRISANCHO**

PRIMER MIEMBRO

:

Dr. ROLANDO SUCARTO CRUZ

SEGUNDO MIEMBRO

:

Dr. JAVIER SOCRATES PINEDA ANCCO

DIRECTOR DE TESIS

:

Mg. JUAN CARLOS MENDIZABAL GALLEGOS

AREA: Ciencias Sociales

LINEA: Derecho

SUB LINEA: Teoría del Derecho

TEMA: Naturaleza del Derecho

FECHA DE SUSTENTACIÓN 24 DE NOVIEMBRE DE 2017

DEDICATORIA

A mis padres: Mery Hayde y Felipe Edgar, por sus cuidados y su comprensión, quienes son mi fuente de motivación. Y a mi hermana Danitza.

Ronald Alan C. H.

Desde que tuve conciencia de este mundo, quise imprimir mi huella en él. Fue por esa razón que casi siempre traté de ser diferente, de no seguir haciendo lo mismo y de seguir los pasos de los genios que anduvieron por estos abruptos caminos. Entonces, si a alguien debería de dedicar el presente trabajo, tal vez, ése debería ser uno de los grandes hombres que pisó este mundo. Sin embargo, la vida no se reduce a alcanzar metas ni a seguir pasos, sino que comprende también disfrutar de ella; puesto que solo se vive una vez. En ese sentido, la presente tesis, sin duda alguna, se la dedico a mi madre, a mi padre, a mis hermanos, a mis hermanas y a Elmer; por haber estado a mi lado en los momentos que más necesite de ellos y porque sin ellos, tal vez, no habría podido disfrutar de este mundo.

Alex Q.C.

AGRADECIMIENTOS

Esta tesis tuvo su origen en el primer contacto con la interrogante ¿Es ciencia el derecho?, cuando cursaba el segundo semestre, desde ese momento esta pregunta no ha dejado de acosarme. En el transcurrir de estos años he tenido la suerte de conocer virtualmente a personas con un nivel académico sorprendente, dispuestos a enseñar y al debate: escépticos racionales, racioempiristas, científicistas, divulgadores y humanistas, muchos de ellos lidian frontalmente contra las pseudociencias y el posmodernismo extremo, que tanto daño hacen a la sociedad, por mencionar solo tres: Gustavo Romero, Gerardo Primero y Emerson Salinas; asimismo agradecer a las personas con quienes se disfruta y aprende de las conversaciones, por mencionar algunas: Marco Salmon, Max Huanca, Eloy Mamani y por ultimo a Alex Quispe, con quien se puede conversar sin desvariar desde música, física, química, biología, política, economía, hasta filosofía.

Ronald Alan

A Ronald Alan, porque sin su ayuda y sin el escepticismo moderado que lo caracteriza no se habría podido iniciar ni terminar la presente tesis; a Mario Bunge, Miguel Ángel Quintanilla y Albert Einstein por haberme permitido apoyarme en sus hombros, para mirar más lejos; y a todas las personas que, con sus ideas y aportes, hicieron posible plantear esta tesis.

Alex

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE FIGURA.....	7
ÍNDICE DE CUADRO.....	8
RESUMEN.....	9
INTRODUCCIÓN.....	11
CAPÍTULO I.....	18
PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN.....	18
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	18
1.1.1. ENUNCIADO O PROBLEMA.....	18
1.1.2. ENUNCIADOS O PROBLEMAS ESPECÍFICOS..	18
1.1.3. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.....	18
1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	20
1.2.1. OBJETIVO GENERAL.....	20
1.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	21
1.3. JUSTIFICACIÓN.....	22
CAPÍTULO II.....	24
SUSTENTO TEÓRICO.....	24
2.1. MARCO REFERENCIAL.....	24
2.2. MARCO TEÓRICO.....	25
2.2.1. ESTATUS EPISTEMOLÓGICOS.....	25
2.2.1.1. FILOSOFÍA.....	27
2.2.1.2. CIENCIA.....	29
2.2.1.3. CIENCIA BÁSICA Y APLICADA.....	38
2.1.1.1. TECNOLOGÍA.....	38
2.1.1.2. TÉCNICA.....	39
2.1.2 LA TECNOLOGÍA SOCIAL.....	40
2.1.3. DELIMITACIÓN DEL DERECHO.....	44
2.2. HIPÓTESIS.....	48
2.2.1. HIPÓTESIS.....	52
CAPÍTULO III.....	53
DISEÑO METODOLÓGICO.....	53
3.1. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	53
3.1.1. PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS.....	53
3.1.1.1. MÉTODO.....	53
3.1.1.2. TÉCNICA.....	53

3.1.1.3. INSTRUMENTO.....	54
3.1.2. PARA EL ESTUDIO DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA.....	54
CAPÍTULO IV.....	55
ANÁLISIS DE LAS TEORÍAS JURÍDICAS.....	55
4.1. TEORÍAS DEL NEGOCIO JURÍDICO.....	55
4.1.1. TEORÍA VOLUNTARISTA.....	60
4.1.2 TEORÍA PRECEPTIVA.....	65
4.1.3. TEORÍA NORMATIVA.....	71
4.2. TEORÍAS DEL DELITO.....	77
4.2.1. TEORÍA CLÁSICA O CAUSALISTA.....	78
4.2.2 TEORÍA FINALISTA.....	82
4.2.3. TEORÍA RACIONAL-FINAL O TELEOLÓGICA.....	85
4.3. EL NEOCONSTITUCIONALISMO.....	88
4.4. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.....	93
CONCLUSIONES.....	99
SUGERENCIAS.....	102
BIBLIOGRAFÍA.....	104

ÍNDICE DE FIGURA

Figura 1. Clasificación de la ciencia.....	37
--	----



ÍNDICE DE CUADRO

Cuadro 1. Las características de la Tecnología Social que el AED cumple.....98

RESUMEN

El presente trabajo partió de una protesta frente a la desactualización en cuanto a definir al Derecho como Ciencia, haciendo un uso inadecuado de este término, a raíz de ello se plantea una propuesta que intenta responder la pregunta *¿Cuál es el estatus epistemológico del Derecho?*, a través de la hipótesis: *el Derecho pertenece al estatus epistemológico de la tecnología social, dado que el derecho se apoya en el conocimiento científico, tiene un contenido axiológico, moral e ideológico, y busca transformar, controlar o solucionar los problemas sociales*; por lo que el objetivo es *determinar la pertenencia del derecho al estatus epistemológico de la Tecnología Social*; para ello se recurrió a los avances realizados dentro de la Epistemología, Filosofía de la Ciencia y de la Tecnología; y a fin de conseguir el objetivo trazado se aplicó el método analítico sobre las teorías jurídicas, como son: las teorías del Negocio Jurídico (voluntarista, preceptiva y normativa), teorías del Delito (causalista, finalista y teleológica), el neoconstitucionalismo y el Análisis Económico del Derecho; dando como resultado que el Derecho (por medio de las teorías jurídicas) cumple con las características que la tecnología social exige, por lo que cabría afirmar que es una Tecnología Social.

Palabras claves: Ciencia, Derecho, Estatus epistemológico, Tecnología Social, Teorías Jurídicas.

ABSTRACT

The present work started from a protest against the outdated in terms of defining the Law as Science, making an inappropriate use of this term. As a result of this a proposal is proposed that tries to answer the question "What is the epistemological status of Law?", through the hypothesis: Law belongs to the epistemological status of social technology, since the law is based on scientific knowledge It has an axiological, moral and ideological content and seeks to transform, control or solve social problems; so the objective is to determine the belonging of the right to the epistemological status of Social Technology. For this, the advances made within Epistemology, Philosophy of Science and Technology were used; In order to achieve the goal outlined the analytical method applied to legal theories, such as: the theories of the Legal Business (voluntarist, prescriptive and normative), theories of crime (causalist, finalist and teleological), neoconstitutionalism and economic analysis of the Right; Giving as a result that Law (legal theories) meets the characteristics that social technology requires, so it could be said that it is a Social Technology.

Keywords: Science, Law, Epistemological Status, Social Technology, Legal Theories.

INTRODUCCIÓN

Actualmente el Derecho Penal se ha convertido en el medio predilecto en la lucha contra los problemas sociales de mayor preocupación como la inseguridad; asimismo, el Poder Legislativo y el Tribunal Constitucional se han convertido en los principales entes que tratan, cada vez con mayor frecuencia, los aspectos más importantes de la vida diaria (como son: salud, educación, desigualdad económica, acceso y estabilidad laboral, seguridad, ambiente, etc.); bajo este contexto, y no teniendo claro el rol que le corresponde asumir al Derecho en la problemática social actual, cabe revivir algunas viejas interrogantes: ¿Qué es el Derecho? ¿Una ciencia, una tecnología o una técnica? ¿Qué papel o rol debe cumplir el Derecho? ¿Ayudar a conocer las causas de la inseguridad y de los otros problemas? o, más bien, ¿Ayudar a solucionar la inseguridad y los otros problemas?

En las aulas de aprendizaje y en la comunidad jurídica lamentablemente existe, cada vez más, cierto desinterés en saber si el Derecho es una ciencia, una tecnología o una técnica. Son pocos quienes se preocupan y se ocupan, en realidad, de este problema. Por ejemplo, entre los autores que conciben el Derecho como ciencia cabe resaltar a Kelsen (en su versión final de la Teoría pura del Derecho - 1960), Norberto Bobbio (con algunos cambios y matices), y también a Carlos Alchourron y Eugenio Bulygin (como ciencia normativa).

Kelsen (2006), asume que el derecho es una ciencia normativa (como la ética, gramática, lógica, etc.) a contraposición de lo que es la sociología, que es una ciencia explicativa (o causalista); esta distinción de ciencias se basa en la dicotomía de las categorías *ser* y *deber ser*. Claro está que Kelsen era partidario de una ciencia social racional, libre de ideologías, y se consideraba positivista; él caracterizaba al positivismo

como un término que abarca muchos tipos diversos de sistemas teóricos que solo tienen en común un criterio negativo: la oposición a recurrir a la especulación metafísica (y ello incluye la especulación religioso-teológica). Asimismo, afirma que existe una escuela de pensamiento de la ciencia social abiertamente positivista, que de manera expresa y enfática distingue los problemas de las ciencias sociales a los que se les puede aplicar los métodos de la ciencia natural, con ciertas modificaciones de los problemas a los que se les debe aplicar un método completamente distinto (Kelsen, 2006). Por tanto, hace una distinción de aplicación de metodologías en las ciencias sociales, que aplican dos principios: el de imputación y el de causalidad: El principio de imputación difiere del principio de causalidad, en tanto que en el primero (imputación), la relación entre condición y consecuencia se establece por la aplicación de una norma, esto significa que se efectúa por un acto volitivo humano, mientras que en el segundo (causalidad), la relación entre la condición y la consecuencia es independiente de cualquier acto o volición humana o sobrehumana. Por lo que, la imputación es un nexo normativo, no causal (Kelsen, 2002).

En cuanto se determina al derecho como una norma (o, más precisamente, como un sistema de normas, como un orden normativo), y se limita la ciencia del derecho al conocimiento y descripción de normas jurídicas y de las relaciones que ellas constituyen entre los hechos por ellas determinados, se acota el derecho frente a la naturaleza, y a la ciencia del derecho, como ciencia normativa, frente a todas las demás ciencias que aspiran a un conocimiento por leyes causales de los acontecimientos facticos. Así se logra por fin un criterio seguro, para separar unívocamente la sociedad de la naturaleza y la ciencia social de la ciencia natural. (Kelsen, 1982, pág. 89)

Kelsen, en la primera edición de la teoría pura del derecho, no tenía interés en determinar si el derecho es ciencia o no, por lo que dijo:

En verdad, el pleito no atañe al lugar de la ciencia jurídica en el marco de la ciencia, y las consecuencias resultantes, como pareciera ser el caso; se trata de la relación de la ciencia del derecho con la política, de la neta separación entre ambas. (Kelsen, 1982, pág. 10)

Ya en su segunda edición (de 1960) le presta atención al estatus de ciencia del derecho; razón por la que dijo en aquel entonces:

Intento hoy dar solución a los problemas más importantes de una teoría general del derecho conforme con los principios fundamentales de la pureza metódica del conocimiento jurídico-científico, precisando al hacerlo el lugar de la ciencia jurídica en el sistema de las ciencias, más de lo que anteriormente se hiciera. (Kelsen, 1982, pág. 13)

Por otro lado, para Bobbio (1990), la científicidad de un discurso no consiste en la verdad, es decir en la correspondencia de la enunciación con una realidad objetiva, sino en el rigor de su lenguaje, es decir, en la coherencia de un enunciado con todos los demás enunciados que forman el sistema con aquél.

El valor de un estudio, por tanto, no es posible fuera del uso de un lenguaje riguroso; la ciencia no es posible fuera de ese lenguaje riguroso, esencialmente más riguroso que el lenguaje común, que es el lenguaje científico. Ahora bien, un lenguaje se llama riguroso: a) cuando todas las palabras de las proposiciones primitivas del sistema están definidas, o sea, cuando están establecidas todas las reglas de su uso y no son nunca usadas más que respetando tales reglas; b) cuando

están establecidas las reglas en base a las cuales de las proposiciones primitivas se pueden recabar las proposiciones derivadas y no se usan otras reglas fuera de las establecidas (Bobbio, 1990, pág. 180).

La parte crítica común e indispensable de toda ciencia es el llamado *análisis del lenguaje*. La jurisprudencia es en su parte esencial un análisis del lenguaje, y, de modo más preciso, de ese específico lenguaje en el que a través de las proposiciones normativas se expresa el legislador. Respecto al discurso legislativo, aquella se comporta como cualquier otra ciencia respecto al discurso físico, matemático, etcétera: debe transformar el discurso legislativo en un discurso riguroso, en el sentido que antes se ha dado a la expresión rigor. Sobre esta base, y solo sobre esta base, se convierte en ciencia (Bobbio, 1990).

Por su parte Alchourron y Bulygin (2012), afirman que la ciencia jurídica no puede clasificarse sin más como una ciencia empírica, y mucho menos aun como una ciencia formal. Tiene, sin duda, rasgos peculiares que justificarían, tal vez, su inclusión dentro de las *ciencias normativas*, como categoría autónoma, distinta tanto de la ciencia formal como de la empírica.

Por otra parte, otros pretenden partir de la actividad que hacen los individuos para decir que, ciencia es lo que hacen los científicos; ello basado en una supuesta ambigüedad y vaguedad en la definición del término “ciencia” para hacer encajar el derecho (ciencia del derecho=jurisprudencia) dentro de la ciencia; pero ¿es cierto esto? Consideramos que no es tan cierto.

Sin embargo, cabe resaltar que las tesis que asumen que el Derecho es una ciencia, que se fundan en la filosofía analítica, en la fenomenología y otros, se basan en conceptos superados y no acordes con los avances de la filosofía de la ciencia (cuando estar a la par

de los avances de la filosofía de la ciencia hasta cierto punto es importante, no para estar a la moda con las posturas actuales sino para ver las deficiencias de las posturas anteriores y las correcciones que hagan las posturas actuales de las pasadas); y es que la pregunta qué es ciencia y qué no es, ha sido justamente tratada por los filósofos de la ciencia, quienes han realizado demarcaciones, generando históricamente mucha polémica, desde tratar de precisar con el círculo de Viena hasta el intento de Popper, también Lakatos y otros. Pero, lamentablemente en el campo jurídico no se ha actualizado tales discusiones, y por ende nos hemos quedado atrás.

Ahora ¿Por qué deberíamos de ocuparnos en averiguar cuál es el estatus epistemológico del Derecho, existiendo tantos otros problemas? La razón es simple, hoy más que nunca se necesita de la ciencia para conocer las causas de los problemas sociales, se necesita de la tecnología social para que a través de los planes o diseños busque solucionar o controlar eficaz y eficientemente estos problemas, así como, de la técnica para que los planes o diseños tecnológicos sean ejecutados exitosamente, a fin de no seguir desatinando al intentar solucionar la inseguridad, la explotación laboral, etc.; sin embargo, hoy más que en otras épocas no se sabe si el derecho es una ciencia, una tecnología o una técnica; en otras palabras, no se sabe cuál de los tres roles le corresponde cumplir al Derecho. El que solo se conocerá, precisando a que estatus epistemológico pertenece el Derecho. Pues, si el Derecho es una ciencia (social), entonces su objetivo central debe ser el de buscar las leyes y teorías que expliquen su ámbito de estudio. En cambio, si el Derecho es una tecnología social, dejará esa investigación básica a las ciencias sociales básicas o puras, para ocuparse en cambio de diseñar o hacer un plan detallado para la ejecución de una propuesta de control, transformación o solución de un problema, sobre la base de conocimientos adquiridos en las ciencias básicas, así como de

nuevos conocimientos adquiridos en el curso de la investigación y la experiencia (Bunge, 2012).

Entonces, estos son los motivos que nos llevaron a formular la interrogante y problema de investigación siguiente: ¿Cuál es el status epistemológico al que pertenece el Derecho?

El problema formulado para nada es reciente o nuevo, ya que ha sido una interrogante y problema, cuya investigación y discusión ha llenado las páginas de muchos libros e informes, entre los que resaltamos los trabajos de Manuel Sánchez, Manuel Atienza y Scott Shapiro.

Ahora, el objetivo que se planteó, en el presente trabajo, para dar respuesta al problema medular del Derecho, fue en términos sencillos averiguar si los estudios –o conocimientos producidos en el Derecho-, aun los más rigurosamente obtenidos, constituyen una ciencia comparable con la química o la sociología o una técnica comparable con la del artesano zapatero, herrero, albañil, talabartero, etc. (Ortega y Gasset, 1977), o más bien, una tecnología comparable con la ingeniería nuclear, la agronomía, la medicina, la administración, o las finanzas (Bunge, 2012).

El presente trabajo de investigación se encuentra dividido en cuatro capítulos.

El primer capítulo está referido al planteamiento de la investigación, que comprende la exposición del problema o enunciado, de la descripción del mismo y de los objetivos, general y específicos, que se han fijado a efectos de poder dar respuesta al enunciado planteado.

El segundo capítulo, en el que se deberá poner toda la atención y concentración posible, está referido al sustento teórico de la investigación; que comprende el marco

referencial, es decir los antecedentes o las investigaciones previas relacionadas con el estatus epistemológico del Derecho; el marco teórico, dentro del que se hará una exposición de cuatro estatus epistemológicos (el de la ciencia básica, la ciencia aplicada, la tecnología y la técnica) y una exposición, cuasi profunda, sobre la tecnología social (que es, cuáles son sus características, etc.); así como, la exposición de la hipótesis de la investigación.

En el tercer capítulo se tratará el tema del diseño metodológico, que comprende la exposición de los métodos, técnicas e instrumentos que se emplearon o usaron para alcanzar los objetivos establecidos en la investigación.

Por último, el cuarto capítulo, comprende la exposición del método análisis-síntesis que se ha realizado sobre las teorías del negocio jurídico (voluntarista, preceptiva y normativa), las teorías del delito (causalista, finalista y teleológica), la teoría neoconstitucionalista y la teoría del análisis económico del Derecho; así como, se incluyen en este capítulo: las conclusiones, sugerencias y bibliografía.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.1.1. ENUNCIADO O PROBLEMA.

¿Cuál es el status epistemológico al que pertenece el Derecho?

1.1.2. ENUNCIADOS O PROBLEMAS ESPECÍFICOS.

- a) ¿Las teorías del delito (causalista, finalista y teleológica) se apoyan en el conocimiento científico, tienen un contenido moral y/o ideológico, y buscan transformar o controlar procesos sociales?
- b) ¿Las teorías del negocio jurídico (voluntarista, preceptiva y normativa) se apoyan en el conocimiento científico, tienen un contenido moral y/o ideológico, y buscan transformar o controlar procesos sociales?
- c) ¿El neoconstitucionalismo se apoya en el conocimiento científico, tiene un contenido moral y/o ideológico, y busca transformar o controlar procesos sociales?
- d) ¿El Análisis Económico del Derecho se apoya en el conocimiento científico, tiene un contenido moral y/o ideológico, y busca transformar o controlar procesos sociales?

1.1.3. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.

Con la denominación “estatus epistemológico” nos referimos a la clase o tipo de conocimiento que se produce en el derecho.

Para empezar a resolver el problema, uno de los conceptos clave es el de la “pertenencia” de un elemento a un conjunto, en el presente trabajo se considera al derecho (d) como un elemento que puede pertenecer a un determinado conjunto, que puede ser la Filosofía, la Ciencia, la Tecnología o la Técnica, a los que en adelante denominaremos estatus epistemológicos; para determinar la PERTENENCIA, previamente tenemos que conocer las características del conocimiento producido por el Derecho (d), así como las características del conocimiento producido en los diferentes estatus epistemológicos (EE). Una vez resueltas estas preguntas, automáticamente se obtendrá la respuesta a la pregunta fundamental.

Esquemáticamente, para dar solución al problema previamente se tuvo que dar respuesta a las siguientes preguntas:

1. ¿Cuáles son las propiedades o características de los estatus epistemológicos?
2. ¿cuáles son las propiedades o características del conocimiento producido por el derecho?

La primera pregunta fue resuelta en el Marco Teórico, ya que asumimos una postura epistemológica, donde se desarrollaron las características (de manera simple, pero coherente) de cada uno de los estatus epistemológicos. Sin embargo, mayor atención mereció el estatus de la Tecnología, específicamente el de la “Tecnología Social”, al cual, conjeturamos que, pertenece el derecho ($TS = \{a, en, c, etc\}$).

Sabiendo que todo conjunto está determinado por una propiedad: es decir que para todo conjunto A, hay una propiedad, digamos P; tal que: $x \in A \Leftrightarrow x$ cumple P. abreviamos $\{x|x \text{ cumple P}\}$. Para tal fin se determina las propiedades de la Tecnología Social (TS), y sería de la siguiente forma: $TS = \{x|x=T, C, R, etc.\}$.

Finalmente, en cuanto a la segunda pregunta, que es en realidad la que investigamos a fondo, creemos necesario establecer la estructura lógica del problema de investigación para tener claridad del mismo; que es el siguiente: $(?P)P(d)$, se lee ¿Cuáles son las propiedades del conocimiento que produce el Derecho? Donde P =propiedades, y d =Derecho. Para tal fin consideraremos algunas teorías producidas en el derecho.

El fondo del problema, presupone la existencia de estatus o niveles de conocimiento que son: el Filosófico, el científico, el tecnológico y el técnico. Lo que no está en discusión, no obstante en el Marco Teórico se brindó los conceptos y las justificaremos de dicha clasificación. Por otro lado, la clasificación de niveles de conocimiento se realiza a partir de propiedades o características que tiene cada estatus epistemológico, que permite distinguir uno del resto.

Por tanto, la labor se ciñó a analizar el conocimiento producido por el derecho en sus diferentes teorías, es decir ¿Cuáles son esas propiedades o características del conocimiento producido en el Derecho?; para luego, determinar si el Derecho pertenece al estatus epistemológico de la Tecnología Social ($d \in TS$).

La solución tuvo la siguiente estructura lógica: $P(d) = A(d)$, es decir las propiedades del conocimiento del Derecho, es A.

1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

1.2.1. OBJETIVO GENERAL.

Determinar la pertenencia del Derecho al estatus epistemológico de la tecnología social.

1.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- a) Determinar si las teorías del delito (causalísta, finalista y teleológica) se apoyan en el conocimiento científico, tienen un contenido moral y/o ideológico, y buscan transformar o controlar procesos sociales.
- b) Determinar si las teorías del negocio jurídico (voluntarista, preceptiva y normativa) se apoyan en el conocimiento científico, tienen un contenido moral y/o ideológico, y buscan transformar o controlar procesos sociales.
- c) Determinar si el neoconstitucionalismo se apoya en el conocimiento científico, tiene un contenido moral y/o ideológico, y busca transformar o controlar procesos sociales.
- d) Determinar si el Análisis Económico del Derecho se apoya en el conocimiento científico, tiene un contenido moral y/o ideológico, y busca transformar o controlar procesos sociales.

1.3. JUSTIFICACIÓN.

Muchos juristas, reconocidos, niegan la importancia de discutir sobre la cientificidad del Derecho, pero creemos lo contrario. Pareciera uno de esos problemas académicos cuya solución tiene solamente el mérito de aclarar algunas ideas. Y que tal vez, no será estimado por quienes teniendo ideas confusas o contadas, no valoran las ideas sino como herramientas para la acción. Sin embargo, si nos detenemos a reflexionar, advertiremos que el problema investigado tiene también algún interés práctico. A saber, si el Derecho se concibe como ciencia (social), entonces su objetivo central debe ser el de buscar las leyes (de la realidad que estudia). En cambio, si el derecho es una tecnología, dejará esa investigación básica a las ciencias sociales puras, para ocuparse entonces de diseñar modelos (en algún respecto) sobre la base de conocimientos adquiridos de las ciencias básicas, así como de nuevos conocimientos adquiridos en el curso de la investigación y la experiencia del derecho.

Asimismo, los resultados de la investigación que se ha realizado permitirá que se conozcan las relaciones que tiene el derecho con otras disciplinas (distintas de las ramas de la tecnología o ciencia) y, permitirá que se les acepte como disciplinas que contribuyen a los estudios jurídicos sin confundirlos entre sí. De este modo los estudios del jurista pasarán a ser más completos y útiles para la sociedad de la que forma parte. Consecuentemente, dará a conocer la forma correcta para elaborar un proyecto de Ley y los límites del jurista en esta labor.

Para nadie es mentira, que actualmente los proyectos de Ley, están siendo elaborados por economistas, entre otros profesionales y la participación del abogado es casi nula. Además al delimitar el campo de estudio se podrá realizar investigaciones jurídicas centradas, coherentes y responsables; y no divagantes como se hace actualmente. Se tendrá una metodología acorde y coherente; ya que se tienen posturas oscuras y hasta relativistas en el ámbito de investigación del derecho, lo que no permite progresar ni ser útil a la sociedad.

A esta división del trabajo le corresponde una divergencia de los planes de enseñanza. Si el derecho es una ciencia, entonces debiera enseñarse como mera especialización de las ciencias sociales. En cambio, si es una tecnología se justifica enseñarla en una facultad especial, donde los estudiantes sean expuestos desde el comienzo a problemas jurídicos. En resumen, nuestro tema tiene interés tanto teórico como práctico: que intentaremos resolver.

CAPÍTULO II

SUSTENTO TEÓRICO

2.1. MARCO REFERENCIAL.

Una de las tesis de pregrado que adopta una postura similar a la aquí expuesta, aunque en algunos aspectos diferentes, es la siguiente:

Título: “Discusión sobre la Naturaleza Epistemológica del Derecho”. Tesis presentada a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca-Perú, por Manuel Edgardo Sánchez Zorrilla, 2009.

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

Por otro lado, entre los juristas que asumen una tesis o postura similar a la nuestra, están:

Título: “Introducción al Derecho”. Libro publicado por Manuel Atienza Rodríguez, Editorial Barcanova, Cuarta Edición, Barcelona, 1991.

Resumen: Según este autor la dogmática no es una ciencia porque su objetivo no es el de conocer por conocer, sino el de conocer para actuar, es decir para la realización y evolución del derecho positivo. Sostiene, refiriéndose a la dogmática, que la jurisprudencia es una técnica, porque persigue una finalidad eminentemente práctica (conocer para actuar). Sin embargo, dista respecto al presente trabajo en que la hipótesis aquí planteada es que el Derecho no es una técnica sino propiamente una tecnología social; asimismo, Manuel Atienza cuando afirma que la jurisprudencia es una técnica solo se refiere a la dogmática jurídica, más no a las reformas del sistema jurídico.

Título: “Legalidad”. Libro publicado por Scott J. Shapiro, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2014.

Resumen: Este autor, quien funda su tesis en la filosofía de la acción, concibe al Derecho como una herramienta o plan social, altamente sofisticado y complejo, que se crea para que guie la conducta de las personas dentro de una sociedad. Si bien Shapiro al hablar de plan social se aproxima mucho a la tesis aquí expuesta, ya que los productos tecnológicos usualmente son planes, diseños, etc, no ubica al Derecho, ni siquiera implícitamente, dentro del estatus epistemológico de la tecnología social; pues un plan social podría ser una tecnología como también una técnica.

2.2. MARCO TEÓRICO.

2.2.1. ESTATUS EPISTEMOLÓGICOS.

En el presente trabajo utilizamos el concepto “Epistemología” en un sentido amplio (como “Epistemology” en inglés, que implica a la Gnoseología), es decir como estudio de la cognición y el conocimiento producido, diferenciándose de la “Filosofía de la ciencia” que se encarga exclusivamente de la ciencia, Jesús Mosterín (2011) nos dice

que lo típico de la filosofía de la ciencia es que se interesa por los resultados de la ciencia, la ciencia es un proceso que al final produce el conocimiento científico, por su parte Bunge (1982) define como la rama de la filosofía que estudia la investigación científica y su producto, el conocimiento científico. Para dar mayor precisión al concepto de Epistemología nos basamos en la definición del epistemólogo Mario Bunge (2005):

Estudio de los procesos cognitivos -en particular la indagación- y su resultado (el conocimiento) en términos generales. Muestra de problemática: las relaciones entre el conocimiento, la verdad y la creencia; *las semejanzas y diferencias entre el conocimiento común, el científico y el tecnológico*; (...) las relaciones entre la epistemología, la semántica y las ciencias sociales del conocimiento; las relaciones entre la teología y la ciencia; los méritos y los defectos de las distintas escuelas epistemológicas. (pág. 62) (Negrita y cursiva nuestro)

De acuerdo a la definición establecida, uno de los problemas de la epistemología es delimitar las semejanzas y diferencias entre los diversos tipos de conocimiento como son: la técnica, tecnología, ciencia; a los que convencionalmente denominamos estatus epistemológicos, resaltando que existe una interacción entre los tres. Debemos advertir que a fin de llegar a nuestro objetivo bastaría con desarrollar solo estos tres estatus; sin embargo, debemos advertir que, incluimos a la “filosofía” para darle mayor claridad a las diferencias.

Realizadas estas precisiones pasemos a desarrollar, de manera sucinta, cada uno de los estatus.

2.2.1.1. FILOSOFÍA.

Galarza (2016) considera a la filosofía como un campo de investigación que se ocupa del estudio de los problemas y principios generales inherentes a otros campos de la cultura humana (no solo del conocimiento).

Asimismo, Bunge (2005) señala que “es la disciplina que estudia los conceptos más generales (como los de ser, devenir, mente, conocimiento y norma) y las hipótesis más generales (como la de la existencia autónoma y la cognoscibilidad del mundo externo)”. (pág. 83)

Según Romero (2017), la filosofía es la actividad de investigación de los rasgos más generales del mundo y de nuestra forma de interactuar con el mundo.

Por ejemplo lo que busca un filósofo de la biología es saber qué clase de principios generales (hipótesis filosóficas) se maneja en una investigación dentro de la biología. Qué clase de principios y conceptos se dan por válidos para realizar investigación, y por qué no otros tipos de principios y conceptos.

En síntesis podríamos decir que la filosofía es la disciplina académica que se dedica al estudio de los problemas y fundamentos más generales de las diversas manifestaciones culturales, tales como la ciencia, la política, la religión o el arte. Junto a la ciencia y la tecnología, la filosofía es un campo de investigación (Galarza, 2016).

Según Galarza (2016) (sustentándose en Bunge) sostiene que los problemas filosóficos pueden dividirse en grandes grupos definidos claramente:

- *Problemas ontológicos* o problemas sobre qué clase de entidades existen y cuáles no;

- *Problemas semánticos* o problemas sobre qué significan ciertos conceptos dentro de un campo y por qué no significan otra cosa;
- *Problemas metodológicos* o problemas sobre qué clase de métodos usar para estudiar un objeto de estudio x o por qué no otros métodos;
- *Problemas lógicos* o problemas sobre la estructura coherente de lo que se afirma dentro de un campo (hipótesis, teorías, teoremas y/o leyes);
- *Problemas axiológicos* o problemas sobre qué valores se toman en cuenta y por qué no otros;
- *Problemas éticos* o problemas relacionados con el bien o el mal que puede causar la actividad o el campo x tanto a nivel individual como social; y
- *Problemas estéticos* o problemas sobre qué clase de sensaciones (de lo bello o lo grotesco, lo gracioso o lo aburrido) produce cierto campo o actividad.

Ahora bien, la filosofía al igual que la ciencia son campos de investigación, por lo que surge la interrogante ¿Qué diferencia existe entre en la Filosofía y la ciencia?

No son los objetos de estudio que hace distinto a la ciencia y a la filosofía, son los métodos, hay ciencias sociales que dan respuestas a la realidad humana, y hay filosofía que se ocupa de la naturaleza, como la filosofía de la biología, de la física, de la consciencia, etc. Así, la filosofía no tiene como la ciencia una instancia de contrastación empírica, por medio de experimentos u observaciones controladas, es una actividad cuyas tesis se contrastan con argumentos y justificaciones racionales, usando la lógica de fondo. Por otro lado, la filosofía debe partir del conocimiento científico actual y modificar sus tesis por este conocimiento.

Si las teorías filosóficas se vuelven incompatibles con la ciencia, estas se rechazan. Eso se puede pensar como contrastación empírica indirecta. Pensar en el dualismo y las

neurociencias, los juicios geométricos a priori y la relatividad, el presentismo y la detección de ondas gravitacionales, etc. Podría tomarse como una comprobación indirecta en aquellas áreas con objetos comunes de estudio, pero hay otras ocupaciones filosóficas que no podrían contrastarse empíricamente ni siquiera indirectamente, la actitud ante la vida, o la pregunta de Aristóteles ¿Cuál es el fin supremo de la actividad humana? O filosofía del arte, el fin artístico, cuestiones políticas como el bienestar social.

2.2.1.2. CIENCIA.

¿Qué es Ciencia? La determinación de lo que es y no es ciencia, es uno de los problemas centrales y quizá más tratados en la filosofía de la ciencia. Diferentes posiciones han tratado de dar respuesta a ello. Frente a este problema aparecen múltiples posturas, por un lado existen posturas que pretenden examinar tal conocimiento partiendo de un sólo criterio, por otro lado tenemos las multicriteriales estas permiten evaluar el conocimiento científico desde más de una sola postura en las que podemos encontrar puntos en común y las hacen compatibles al menos en ciertas intersecciones. Cabe advertir que las de un solo criterio pueden ser insuficientes para determinar la validez científica.

Así tenemos desde la postura verificacionista (podría identificarse con Carnap y el Circulo de Viena), falsacionista de Popper, programas de investigación de Lakatos y finalmente las posturas multicriterio como las de Bunge, Hansson, Dutch, Kitcher, Manher, Agassi, etc.

Según Barrera (2017) las propuestas monofactoriales de Kuhn, Popper, Lakatos y cualquier otro, por separado fracasan en su intento de definir en forma precisa a la ciencia. Así es como se suscita la reflexión de que si lo que se busca es establecer de la forma más

precisa posible: qué es la pseudociencia y la no-ciencia, lo más recomendable es adoptar un enfoque multicriterial, y por supuesto, no abandonar el debate sobre el tema.

La estrategia demarcativa, entre Ciencia y No ciencia (que incluye también la pseudociencia), sigue siendo legítima en tanto restringe la producción del conocimiento científico de otras maneras de adquisición de conocimiento. Dado que después de todo la ciencia y la tecnología aún se consideran epistemológicamente privilegiadas debido a su sistemático y riguroso enfoque, dando como resultado conocimientos más confiables (Mahner, 2013). Por lo que las teorías científicas deben, a diferencia de otras, cumplir unos requisitos específicos, es decir deben pasar un filtro, compuesto por criterios; así un científico no puede despertar una mañana y decir que ha soñado con una teoría maravillosa, escribirla sobre el papel y por ser obra de un especialista, pasar de inmediato al cuerpo de conocimientos científicos.

Sin embargo, uno de los problemas principales que se tiene para determinar los criterios de demarcación es en palabras de Hansson, citado por Fasce (2017), la justificación para elegir un criterio que no es directamente aplicable a cuestiones concretas de demarcación es que dicha aplicabilidad directa tiene un precio elevado: es incompatible con la exhaustividad deseada de la definición, es decir debido a la variedad de metodologías que existe en cada rama de la ciencia. Al respecto Fasce, responde argumentado que Hansson confunde pluralismo metodológico con anarquismo metodológico. La ciencia (...) tiene múltiples metodologías, pero eso no quiere decir que las metodologías que denominamos como «científicas» sean compatibles con las metodologías de la filosofía o de otras humanidades. No todo vale en ciencia. Es así que la empresa de la demarcación sigue vigente y tiene aún más interés; hechas estas precisiones pasemos a desarrollar la diferencia entre Ciencia y No Ciencia.

Bunge (2004) señala que lo que distingue a la ciencia de la no ciencia no es el objeto o tema (o “sustancia”), sino la forma (el procedimiento) y el objetivo:

La peculiaridad de la ciencia tiene que consistir en el modo como opera para alcanzar algún objetivo determinado, o sea, en el método científico y en la finalidad para la cual se aplica dicho método. (...). El *enfoque científico*, pues, está constituido por el *método científico* y por el *objetivo* de la ciencia. (pág. 5)

Queda claro que la forma (o procedimiento) se refiere al Método Científico, sin embargo queda la interrogante ¿Cuál es el objetivo? En primer lugar, para incrementar nuestro conocimiento (objetivo intrínseco, o cognitivo); en sentido derivativo, para aumentar nuestro bienestar y nuestro poder (objetivos extrínsecos o utilitarios). Si se persigue un fin puramente cognitivo, se obtiene *ciencia pura*; si la finalidad a largo plazo es utilitaria, resulta *ciencia aplicada*, y si la meta es utilitaria a corto plazo, se hace *técnica* (o *tecnología*, por emplear un anglicismo). Pero las tres emplean el mismo método, y los hallazgos de cualquiera de ellas pueden utilizarse en las otras dos. Sin embargo, hay una importante diferencia *moral* entre estos campos: en tanto que la ciencia básica es inofensiva, la ciencia aplicada y la técnica pueden ser dañinas (Bunge, 2004).

Realizadas las diferencias entre Ciencia y No Ciencia, pasemos a más especificaciones. A continuación presentamos una síntesis que se ha elaborado en base a Antonio Dieguéz (2017), Mario Bunge (2004) y Angelo Fasce (2017) (que parte de Hansson S. O.) sobre la definición de Ciencia.

Como ante toda creación humana (como es la ciencia) tenemos que distinguir en la ciencia entre el trabajo –investigación– y su producto final, el conocimiento; entonces debe ser entendida como: actividad investigativa y el conocimiento científico (producto),

se debe resaltar que ambos tienen una relación de implicancia y la distinción es cuestión metodológica, en tanto no se puede comprender una sin la otra.

Asumimos que la ciencia es el conocimiento estructurado sistemáticamente (racionalidad) que permite, mediante el establecimiento de teorías científicas y leyes científicas, la explicación y/o la predicción de los fenómenos naturales, y que ha sido obtenido a partir de un método científico basado en la contrastación empírica. Este método garantiza la objetividad y la autocorrección, y en él descansa el amplio acuerdo que puede encontrarse entre los científicos acerca de cuestiones fundamentales, posibilitando un rápido progreso en los conocimientos.

La actividad científica se realiza bajo ciertos criterios que a continuación se presentan (Fasce, 2017):

a) **Criterio de dominio científico o ámbito de hechos**, se refiere a que los fenómenos (hechos) que se pretende estudiar deben de ser “científicamente confirmables”, a mayor precisión: conjunto de fenómenos naturales biológicamente contrastables que permiten un tipo de contrastaciones empíricas muy determinadas. Lo biológicamente contrastables hace referencia a los límites de la percepción humana.

La contrastación se realiza a partir de la hipótesis, entendida como un proceso imaginativo que puede ser llevado a cabo ya sea de forma totalmente original o mediante la deducción parcial a partir de conocimiento ya establecido que tiene como fin explicar o predecir hechos. La hipótesis intenta dar respuesta al *problema científico*, en tanto sea un problema abarcable por una hipótesis científicamente confirmable. Características de lo científicamente confirmable:

- Hipótesis semánticamente elucidada; toda hipótesis científica ha de esforzarse por definir sus términos hasta conseguir la mayor claridad posible, propiciando con ello que todos los conceptos e ideas que contenga sean confirmables por medio de un método científico).
 - Internamente congruente; es una necesidad que toda hipótesis tenga congruencia interna, dado que resulta imposible confirmar una hipótesis internamente incongruente.
 - Biológicamente confirmable y disconfirmable, la confirmabilidad en un sentido biológico como los límites de nuestros sentidos, a lo que hay que sumar la disconfirmabilidad. Para que un método científico pueda hacerse cargo de una hipótesis, esta no debe presentar círculos argumentales, explicándolo o prediciéndolo todo.
 - No incurrir en falacias o sesgos, es decir la hipótesis no debe contener otras falacias o proponer que la contrastación incluya sesos, que pretende servir como propuesta a fin de resolver un problema científico.
- b) **Criterio de falibilidad**, quiere decir que adolece de una grave falta de fiabilidad, tal que no resulta en absoluto ser de confianza. Si S cree que p en un momento t basándose en la evidencia científica, obtenida mediante el uso de un método científico, de la que dispone la comunidad científica, y no existe ninguna otra opción rival q que goce claramente de mayor evidencia, entonces la creencia de S en p en el momento t será más fiable en un sentido científico que la creencia en q .

Donde, debemos entender la *evidencia científica* como toda implicación fáctica contrastada de la hipótesis, obtenida mediante un método científico, que aumenta su

probabilidad como solución a un problema científico determinado, por otro lado el método científico, es un proceso cognitivo reglado basado en procesos sensitivos del sistema nervioso humano, intersubjetivamente compartido, estable en el tiempo respecto a sus resultados y que reduzca al mínimo posible la presencia de sesgos y de falacias, capaz por ello de obtener una evidencia tan justificada que diremos que es «evidencia científica». Y el problema científico está planteado para explicar o predecir hechos científicamente confirmables. Y con respecto a la afirmación “*otra opción q que resulte claramente más fiable*”, hace referencia a algún otro programa de investigación rival claramente más progresivo de forma sostenida en el tiempo (donde «más progresivo» y «de forma sostenida en el tiempo» mantienen un cierto margen de interpretación).

c) **Criterio de doctrina desviada**, significa que toda práctica o propuesta teórica que, sin cumplir el criterio de dominio científico y/o el criterio de fiabilidad, se presenta públicamente como ciencia. Es parte de una doctrina para la que sus defensores tratan de crear la impresión de que representa el conocimiento más confiable de su temática. Donde, presentarse públicamente como ciencia, consiste en parasitar los espacios de enseñanza y organización profesional de la ciencia, así como sus medios de divulgación, su lenguaje, sus formas tecnológicas y/o su estética.

Ahora bien, consideramos necesario aclarar un aspecto importante que es el tema de las “teorías científicas”, dado que permitirá hacer un uso adecuado y no abusivo de este concepto, denominando a cualquier constructo intelectual teoría científica, como algunas veces se hace en el Derecho

Asumimos que “(...) en efecto, teoría designa una construcción intelectual que aparece como resultado del trabajo filosófico o científico (o ambos). Esta construcción ha sido interpretada de muy diversas maneras, especialmente desde que los filósofos de la

ciencia han analizado el problema de la naturaleza de las teorías científicas”. (Ferrater, 1965, pág. 777)

Jesús Mosterin y Torreti (2002), afirman, que en el lenguaje coloquial se llama a veces teoría a cualquier hipótesis u opinión, como en “tengo una teoría: el asesino es el jardinero” o en “no me convence la teoría de que se duerme mejor boca abajo”; sin embargo, en el lenguaje de la Filosofía científica:

(Es) un edificio conceptual formado por una colección organizada de nociones y proposiciones que codifica información acerca de cierto tipo de sistemas, fenómenos o procesos y típicamente sirve para dar explicaciones, hacer predicciones y resolver problemas.

La actividad científica culmina en la construcción y contrastación de teorías de gran alcance y poder explicativo y predictivo, como la teoría general de la relatividad, la teoría cinética de gases, la teoría de la evolución o la teoría microeconómica. Usamos las teorías para explicar lo sorprendente, para predecir el futuro y retrodecir el pasado, para sistematizar nuestros conocimientos, para recordar y comprender, para resumir las regularidades observadas y los datos de que disponemos, para construir modelos simples de la realidad complicada que nos rodea, para simular y diseñar, manejar y transformar, encontrar y resolver. Las teorías científicas en si son algo muy complejo, variable en el tiempo y en el espacio. La teoría se desarrolla y evoluciona como un ser vivo a lo largo del tiempo y se presenta de modos distintos en diversos autores. Puede variar en el mismo autor e incluso en ediciones sucesivas del mismo libro. Una teoría en este sentido amplio o cultural no está extensionalmente definida (pág. 556).

Las teorías mejor definidas son las teorías matemáticas y el enfoque más desarrollado para su estudio es el metamatemático, que combina su consideración como teorías en sentido sintáctico con el estudio preciso de las relaciones semánticas con sus realizaciones. En la física y otras ramas de la ciencia empírica, como la cosmología o la economía, también desempeñan un importante papel las teorías matematizadas. En la lógica de primer orden, una teoría es un conjunto de sentencias clausurado respecto a la relación de consecuencia (o de deducibilidad, dada la equivalencia de ambas en este nivel de la lógica), es decir, tal que todas sus consecuencias le pertenecen (Mosterin & Torreti, 2002).

Al respecto, cuando se refiere a una teoría científica, Ferrater Mora (1965), afirma:

Una teoría científica es un sistema deductivo en el cual ciertas consecuencias observables se siguen de la conjunción de hechos observados con la serie de las hipótesis fundamentales del sistema." Aunque algunos autores puedan estar en desacuerdo respecto al postulado de la forma deductiva, es obvio que cuando una teoría alcanza su estado de perfección ofrece o tiende a ofrecer tal forma.

Según Mario Bunge (2005), en su Diccionario filosófico, una teoría es "Un sistema hipotético-deductivo: es decir, un sistema compuesto de un conjunto de supuestos y de sus consecuencias lógicas (pág. 207).

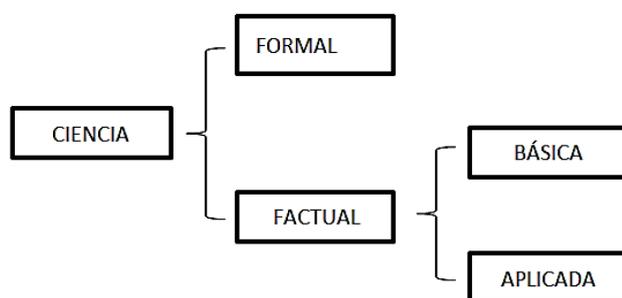
En síntesis podemos decir que una teoría científica, es un sistema compuesto de un conjunto de supuestos y de sus consecuencias lógicas (sistema deductivo) que codifica información acerca de cierto tipo de sistemas, fenómenos o procesos y típicamente sirve para dar explicaciones, hacer predicciones y resolver problemas. Por otro lado cabe resaltar que una teoría científica más comprensiva obedece más fácilmente a requerimientos de naturaleza interna a la estructura de la propia teoría, simplicidad,

armonía, coherencia, etc., que una teoría menos comprensiva, mediante lenguajes rigurosos y apropiados en lo posible, con auxilio del lenguaje matemático

Establecidas las definiciones, a continuación se presenta la clasificación según Bunge (2004), una ciencia puede *ser formal o factual*: es formal si se refiere a los constructos y factual si trata de cuestiones de hechos. La lógica y las matemáticas son ciencias formales: sólo tratan con conceptos y sus combinaciones y, por lo tanto, no se sirven de procedimientos empíricos ni de datos -excepto como fuentes de problemas o como ayuda en el razonamiento.

La física y la historia, así como todas las ciencias entre ambas, son factuales: tratan de cosas concretas tales como rayos de luz o empresas comerciales. Por consiguiente, necesitan procedimientos empíricos, como la medición, junto con los conceptuales, como la observación. Las ciencias factuales pueden dividirse en *naturales* (por ejemplo la biología), *sociales* (por ejemplo la economía) y *biosociales* (por ejemplo la psicología). Con respecto a su factibilidad, la ciencia puede dividirse en básica (v.) y aplicada (v.).

Figura 1: Clasificación de la ciencia.



Fuente: Bunge (2004), La investigación científica, su estrategia y su filosofía.

2.2.1.3. CIENCIA BÁSICA Y APLICADA.

Ciencia aplicada.- La ciencia aplicada puede definirse como el conjunto de las aplicaciones de la ciencia básica (o pura). Tanto en la ciencia básica como en la aplicada, se hace uso del método científico (datos, hipótesis, teorías, técnicas de cálculo o de medición, etc.), pero a problemas de tipo diferente. Ambos pretenden obtener nuevos conocimientos, pero mientras el investigador básico trabaja en los problemas que le interesan (por motivos puramente, cognoscitivos), el investigador aplicado estudia solamente problemas de posible interés social.

Por otro lado la ciencia aplicada; realiza una búsqueda de nuevo conocimiento científico con posible utilización práctica. Ejemplos: los matemáticos, los físicos, los químicos, los bioquímicos, los farmacéuticos, los psicólogos clínicos y los sociólogos aplican la ciencia hasta el punto de que se comprometen en una investigación científica original con un posible uso para la industria o para el gobierno. Si estos científicos sólo emplearan los hallazgos científicos en su capacidad profesional, serían igual que los artesanos o los mecánicos altamente cualificados (Bunge, 2005).

Ciencia básica.- La ciencia básica, tiene como finalidad la búsqueda desinteresada de nuevo conocimiento científico (Bunge, 2005).

2.1.1.1. TECNOLOGÍA.

¿Qué es la tecnología? Para Quintanilla (2005) la tecnología es un tipo de técnica de base científica. En otras palabras, según este autor existe muchas técnicas, dentro de ellas está la tecnología que se diferencia de las demás por que ésta se apoya en la ciencia.

Y es que “la tecnología hace relación a un grado más avanzado” (Tamayo y Tamayo, 2003, pág. 35) de la técnica.

Sin embargo, si bien lo anterior sintetiza estupendamente la brecha que hay entre técnica y tecnología, no dice mucho sobre la distancia que hay entre esta y los otros estatus epistemológicos.

Por ello, resulta necesario agregar, para terminar de completar la respuesta que se dio a la pregunta formulada, que la tarea de la tecnología “no es explorar el mundo sino fabricar herramientas (materiales o intelectuales) para cambiarlo (para bien o para mal)” (Bunge, 1999, pág. 280). Ya sea haciendo diseños, planes o normas con ayuda de lo mejor del conocimiento puro disponible.

Dado que “un cuerpo de conocimientos es una tecnología si y solamente es compatible con la ciencia coetánea y controlable por el método científico, y se lo emplea para controlar transformar o crear cosas o procesos, naturales o sociales” (Bunge, 2002, pág. 190).

“En suma, la tecnología no es ajena a la teoría ni es una mera aplicación de la ciencia pura: tiene un componente creador, que es particularmente obvio en la investigación tecnológica y en el diseño de políticas tecnológicas” (Bunge, 2002, pág. 195).

2.1.1.2. TÉCNICA.

Por otro lado, tenemos a la técnica como otro estatus epistemológico. Que a diferencia de la tecnología “es el resultado de una elaboración pre-científica” (Bunge, 1999, pág. 280), que desde sus orígenes ha estado avocada a la producción de cosas, a hacer algo, a la habilidad para hacer cosas, que implica un conocimiento empírico de cómo hacerlas.

La técnica a diferencia de la tecnología no se apoya en la ciencia ni tiene por objetivo buscar o elaborar los planes o diseños de solución.

En otras palabras, la técnica no es más que, la que se encarga de hacer, construir los artefactos o en caso de las técnicas sociales se encarga de la implementación o ejecución de los planes o diseños producidos por la tecnología social.

2.1.2. LA TECNOLOGÍA SOCIAL.

En la universidad o en la calle cuando se escucha hablar de tecnología inmediatamente se la suele relacionar con equipos de celulares y otros artefactos físicos; en el mejor de los casos se la suele relacionar con la producción industrial o ingeniería, pero casi nunca con cuestiones o problemas sociales. Sin embargo, la tecnología es más que solo producción industrial. Es también el medio a través del que se puede controlar epidemias y solucionar muchos de los problemas sociales.

Es por ello, que según Bunge (2012) entre las tecnologías contemporáneas se puede distinguir a: a) la tecnología física (las ingenierías); b) la tecnología biológica (medicina, farmacología, odontología, etc.), y c) la tecnología social (derecho, pedagogía, investigación operativa, ingeniería social, etc.).

Si bien todas estas pertenecen a un mismo conjunto que es la tecnología, que ha sido el soporte de este trabajo, la tecnología social, en estricto, ha sido la que ha servido de cimiento para edificar la hipótesis de este trabajo. Por tanto, antes de pasar a analizar las teorías jurídicas, es necesario profundizar esta clase de tecnología. Y con ello me refiero a la tecnología social. Primero, porque permitirá efectuar un análisis de las teorías jurídicas bajo el lente de la tecnología social y, segundo, porque esta tecnología no es tan conocida como la ciencia o el derecho o incluso la tecnología industrial.

Entonces, partiendo de la definición de tecnología, una tecnología social es una rama de la técnica que además de fundarse en las ciencias sociales “se ocupa del diseño, la formación, el mantenimiento y la reforma de organizaciones sociales” (Bunge, 2012, pág. 94) o sistemas sociales.

Sus principales propiedades o características son las que a continuación se pasa a detallar:

- a) La tecnología social se apoya en el conocimiento científico “exclusivamente como un medio para diseñar artefactos, normas (por ejemplo, de emisión) o planes de acción (por ejemplo, campañas de alfabetización o de vacunación)” (Bunge, 1999, pág. 279). Sin embargo, es necesario aclarar que todas las tecnologías sociales no tienen el mismo grado de apoyo en el conocimiento científico; puesto que, según el grado de evolución se puede distinguir hasta dos tipos de tecnologías: las prototecnologías, que además de reunir las otras características se apoyan en el conocimiento científico en un grado menor, y las tecnologías superiores (o avanzadas), que además de reunir las otras características se apoyan en el conocimiento científico en un grado mayor. (Bunge, 1999).
- b) Mientras las ciencias sociales son neutrales, tanto moral como ideológicamente, las tecnologías sociales están comprometidas moral e ideológicamente, ya que la aplicación de casi todos sus consejos beneficia a algunos a la par que perjudica a otros (Bunge, 2007). Entiéndase por moral, tanto los problemas como los preceptos morales, referidos a las acciones que dañan o benefician a los demás (Bunge, 2005); mientras que por ideología, aquel sistema de enunciados fácticos y juicios de valor que inspira algún movimiento o política sociales y que tiene como propósito conservar o transformar un orden social (Bunge, 2009).

- c) Tiene como meta transformar o controlar procesos sociales para bien o para mal (Bunge, 1999). Entiéndase por proceso, aquella secuencia de estados, que para ser tal, debe satisfacer dos condiciones: i) los sucesos deben involucrar o concernir sólo una cosa, independientemente de cuán compleja sea, y ii) los sucesos deben estar intrínsecamente ordenados (Bunge, 2012). Se debe aclarar que la tecnología social, al apoyarse en el conocimiento científico y buscar transformar o controlar, “no es ajena a la teoría ni es una mera aplicación de la ciencia pura: tiene un componente creador, que es particularmente obvio en la investigación tecnológica y en el diseño de políticas tecnológicas” (Bunge, 2002, pág. 195).
- d) El producto final del proceso de investigación tecnológica es un artefacto, un diseño, un plan, o un conjunto de normas, etc. (Bunge, 1999). Entiéndase por artefacto todo objeto creado por el hombre (Bunge, 2005); mientras que por diseño, el resultado de la formalización de una invención (Quintanilla, 2005) y plan, aquella secuencia ordenada de pasos que pretende resolver un problema (Bunge, 2005).

Hasta aquí con la caracterización general y esencial de la tecnología social.

Un aspecto importante de la tecnología, y también de la tecnología social, que merece ser abordado aquí, es el de la “investigación tecnológica”. Pues los planes o normas que ésta elabora o construye para controlar o transformar un proceso social no es consecuencia de la mera aplicación de la ciencia o de una idea que se le ocurrió a alguien, sino es consecuencia de todo un proceso de investigación, similar al proceso de investigación científica; que se inicia exactamente luego de conocer las causas del problema, debido a que “la solución eficaz de un problema práctico de envergadura, tal como la pobreza, el analfabetismo, la drogadicción o la delincuencia, requiere de un estudio científico previo” (Bunge, 2007, pág. 219).

Este proceso de investigación tecnológica, al que también se le conoce como método tecnológico según Bunge (1999), puede ser descompuesto en las siguientes etapas:

- 1) Elección de campo;
- 2) Formulación de un problema práctico;
- 3) Adquisición del conocimiento antecedente necesario;
- 4) Invención de reglas técnicas;
- 5) Invención del artefacto en esquema;
- 6) Descripción detallada del plan;
- 7) Prueba (en el escritorio, en el campo o en la computadora)
- 8) Evaluación de la prueba; y,
- 9) Corrección final del diseño o del plan.

Esta secuencia de pasos engloba una cierta complejidad y un rigor muy similar al de la actividad científica. Al menos para quien siga -honestamente- el método descrito no será tan sencillo plantear un plan o un sistema de normas que solucione eficaz y eficientemente el problema. Claro que cualquier persona está al alcance de plantear o proponer soluciones; pero plantear soluciones eficaces y eficientes, y que sean susceptibles de perfeccionarse o corregirse, no está al alcance de cualquiera.

Esta sería la razón por la que se esperaría que los tecnólogos “recomienden las formas más eficientes para establecer, mantener, reformar o dismantelar sistemas sociales, así como de desencadenar, acelerar, regular o frenar los procesos sociales. En particular, se espera que curen los males sociales” (Bunge, 1999, pág. 289). Puesto que si en realidad se quiere transformar o controlar (o solucionar) un problema social se necesita saber más que solo conocer el problema.

Por último, es necesario también saber que no todas las tecnologías, desde las tecnologías biológicas hasta las tecnologías sociales, tienen el mismo grado de evolución. Pues según el grado de evolución se puede distinguir dos tipos de tecnologías: las prototecnologías y las tecnologías superiores (o avanzadas). Las prototecnologías se caracterizarían por compartir el mismo objetivo o meta, con las demás tecnologías, y por cumplir de manera parcial algunas de las otras condiciones o propiedades (como son: el apoyo en la ciencia y el contenido moral y/o ideológico); mientras que las tecnologías superiores se caracterizarían por reunir todas las características principales de una tecnología y por tener un enorme trasfondo científico (Bunge, 1999). Claro que en esencia ambas son tecnologías.

Un claro ejemplo de esto es la tecnología o terapia social que a diferencia de la biotecnología,

Es hoy tan empírica y está tan rezagada como la terapia médica a principios del siglo XX, cuando los medicamentos se prescribían, sobre todo, sólo porque parecían hacer bien en algunos casos, más que en razón de la investigación clínica basada en la fisiología y la farmacología. (Bunge, 1999, pág. 289)

Hasta aquí, todo lo que era necesario saber sobre la tecnología social.

2.1.3. DELIMITACIÓN DEL DERECHO.

Para determinar qué tipo de investigación y conocimiento se produce, consideramos necesario delimitar los alcances del Derecho, es decir marcar los límites y el sentido en que usaremos el concepto “Derecho”; a saber:

Existen varios conceptos que hacen alusión al campo de estudio del Derecho, como son: ciencia jurídica, dogmática jurídica y teoría general del Derecho.

Asumimos que la “Teoría General del Derecho” es parte de la filosofía del Derecho, que se ciñe al estudio lógico o formal de la estructura del diseño (como es el sistema jurídico); así, el análisis de la estructura, la forma o los conceptos básicos de todos los (o de un grupo de) ordenamientos jurídicos le corresponde a la Teoría General del Derecho.

Por otro lado, respecto a la llamada “ciencia jurídica” consideramos equivocada tal denominación, preferimos denominarla “Teorías Jurídicas”, así tenemos las teorías del negocio jurídico, teorías del delito, etc.; así al conjunto de ellas denominaremos “Derecho”.

Respecto a la dogmática jurídica, podemos afirmar que es un método de interpretación sistemática, que tiene por función elaborar un sistema conceptual, que sirva como criterios para la aplicación de normas vigentes, o para el cambio de las mismas; no busca explicar por qué una norma está vigente ni por qué no es eficaz.

Asimismo, creemos que existe una confusión cuando se pretende incluir como parte del Derecho a la sociología jurídica y a la antropología jurídica, o a la historia del derecho. Estas disciplinas no son propias del derecho, son disciplinas cuyo interés está enfocado en un campo de investigación específico, con una finalidad y método propio, que surgen de distintas ciencias, como por ejemplo: la sociología, la antropología y la historia. Así, no podría llamarse Derecho a la Criminalística o a la medicina legal, estas son autónomas; son especializaciones de sus propias ciencias, que son de gran utilidad para el Derecho.

Entonces, en el presente trabajo de investigación, cuando se use el término Derecho no se estará haciendo referencia a la interpretación sistemática (o dogmática jurídica), a la teoría general del derecho (o estudio formal o lógico) ni mucho menos a la

sociología o antropología jurídica (especialidades de la sociología y la antropología, respectivamente); sino se estará haciendo referencia a la actividad investigativa y creativa o de diseño, es decir, a todo ese proceso tecnológico que concluye con: la creación de una teoría jurídica (como la teoría del delito), la elaboración de un proyecto de Ley (como el proyecto de la Ley de prohibición total de la publicidad comercial del tabaco) o la implementación o inserción de un dispositivo legal o sistema jurídico (como el Código Penal) dentro de un macro sistema jurídico vigente; al margen de si el proyecto no llega a convertirse en norma vigente o el dispositivo legal, luego, es derogado por ser inconstitucional.

Las teorías jurídicas así como los proyectos de ley son productos tecnológicos, pese a que no se encuentren formalizados en proposiciones prescriptivas o hechos jurídicos hipotéticos o no sean propiamente normas válidas y vigentes, respectivamente; ya que un producto tecnológico como el Derecho se diferencia de las otras tecnologías sociales (como la administración, la pedagogía, la macroeconomía normativa, etc.), en que éste tiene un diseño capaz de ser insertado de forma directa (como en el caso del proyecto de Ley) o indirecta (como en el caso de las teorías jurídicas) en un determinado sistema jurídico vigente (que puede ser el sistema jurídico: Uruguayo, Argentino o Peruano).

De la misma forma, un sistema normativo puede ser válido o inválido, justo o injusto, eficaz o ineficaz, pero no por ello deja de ser un producto tecnológico o Derecho. Por ejemplo: un producto tecnológico como un sistema de normas que regule la prohibición total de la publicidad comercial del tabaco (o incluso una teoría jurídica de la pena) puede ser justo o bueno, eficaz, pero no válido, por no ser compatible con el sistema jurídico, de un determinado país, al cual se pretende insertar.

En resumen, el Derecho como producto tecnológico –y así deberá quedar delimitado- no se reduce a lo justo o moralmente aceptable, como afirmó en su momento el iusnaturalismo; no se reduce a las normas eficaces, como señaló también en su momento el realismo; no se reduce a las normas válidas de Hans Kelsen; ni mucho menos a las normas jurídicas vigentes.

En el derecho se elaboran teorías para construir y explicar sistemáticamente un ordenamiento jurídico y/o para proponer uno nuevo; esto permite un mejor entendimiento, asimismo, una mejor aplicación, sin contradicciones.

Por otro lado, la construcción de un ordenamiento jurídico está encargada al poder legislativo; la construcción de teorías jurídicas son elaboraciones de los doctrinarios, que parten de principios y axiomas, con un contenido ideológico y/o moral; es por ello que en estos sistemas hipotéticos, se parte de principios como la libertad o la igualdad, ya sea conjunta o disyuntivamente.

Mientras que la explicación, en el sentido de descripción de la forma en que opera, ya sea como sistema normativo, en el cual se habla de coherencia, completitud (donde está inmerso el tema de lagunas) e independencia, o como proposición normativa, en cual se desarrolla las consecuencias jurídicas, ambos mutuamente compatibles; no necesariamente tiene un contenido ideológico, ya que aquí se utiliza métodos de interpretación (lógica deóntica).

Por lo que un trabajo completo implica estudiar la justificación e interpretación de un ordenamiento jurídico; y la eficacia de dicha teoría.

Resaltamos que somos conscientes que ingresar en un debate profundo sobre estas teorías, requeriría de una erudición que aún no poseemos, pero nuestra intención no es cuestionarlas, sino sólo exponerlas.

Considerando que nuestra hipótesis es que toda tecnología social se apoya en el conocimiento científico, tiene un contenido axiológico, moral e ideológico, y busca transformar, controlar o solucionar los problemas de la sociedad; el objetivo de la investigación fue determinar si el Derecho pertenece al estatus epistemológico de la tecnología social, entonces es razonable que para alcanzar este objetivo se tiene que verificar si las teorías más elaboradas en esta materia (como son las teorías del delito, las teorías del negocio jurídico, la teoría neoconstitucionalista y la teoría del análisis económico del derecho) reúnen las propiedades o características antes mencionadas.

Por ello, a fin de alcanzar el objetivo señalado en el párrafo anterior, es que se realizó un análisis-sintético de cada una de estas teorías, que en su momento también sirvieron para justificar la ansiada científicidad del Derecho.

2.2. HIPÓTESIS.

El centro de la actividad cognoscitiva de los seres humanos son las hipótesis, y no los datos. Los datos se acumulan para utilizarlos como evidencia en favor o en contra de hipótesis; y hasta la mera recolección de datos presupone un núcleo de hipótesis (por ejemplo, que hay algo observable, que los medios de observación son adecuados o pueden corregirse, etc.) (Bunge, 2004).

Considérese el procedimiento de un médico práctico cuando se enfrenta con un caso. No empieza por observar a su paciente de un modo cualquiera y sin prejuicios, sin más finalidad que la de obtener datos en bruto y de cualquier clase

interpretable. La misma recolección de datos va, por el contrario, guiada y justificada por ciertas hipótesis que subyacen a su procedimiento empírico. Así, por ejemplo, la auscultación, la exploración por el tacto, el uso de instrumentos, cada una de esas maneras de proceder a la búsqueda de datos presupone un cuerpo de hipótesis anatómicas, fisiológicas y hasta físicas. Los datos que obtiene con la ayuda de tales procedimientos y sobre la base de tales hipótesis le son luego útiles para formular hipótesis diagnósticas que acaso desee someter finalmente a contraste mediante procedimientos más finos, como son los análisis bioquímicos, por ejemplo. En resolución, cuando se encuentra ante un problema de diagnóstico, el médico no parte de un borrón y cuenta nueva respecto de su anterior trabajo, sino, por el contrario, de un cuerpo de presupuestos, algunos de los cuales funcionan como hipótesis rectoras, y otros como líneas de interpretación de sus datos. Contando con este trasfondo podrá conseguir datos; y los interpretará y usará para producir y contrastar ulteriores hipótesis (diagnósticas).

En la vida ordinaria estamos construyendo hipótesis durante todo el día, incluso cuando obramos automáticamente lo hacemos en base a ciertas hipótesis tácitamente aceptadas, o sea, en base a presuposiciones. Así, por ejemplo, cuando tomamos el metro para ir a la Universidad suponemos que ese medio de transporte está en buenas condiciones (lo cual puede resultar falso); suponemos también que está abierta la Universidad (y una huelga podría falsar este supuesto); que los estudiantes están interesados por nuestras lecciones (lo cual puede ser pura ilusión), etc. Toda actividad implica supuestos que van más allá de nuestra información en la medida en que se trata de una actividad racional, esto es, de una actividad llevada a cabo con la ayuda de conocimiento o construida por reflejos condicionados que llevan a determinados fines consciente y previamente fijados.

En ningún momento percibimos más que una reducida porción del campo en el que se desarrollan nuestras actividades: la mayor parte de ese campo, aunque existente en sí, tiene que reconstruirse hipotéticamente, aunque sea en esbozo, en la medida en la cual tenemos que entenderla o dominarla. En resolución: puesto que el mundo no está nunca *dado* para nosotros enteramente, tenemos que formular hipótesis en alguna medida. (Bunge, 2004, pág. 196)

Por otro lado, si bien la hermenéutica (enfoque epistemológico, cuyas raíces se hallan en la filosofía fenomenológica) divide tanto gnoseológica como metodológicamente la ciencia, en naturales y sociales o en cuantitativo y cualitativo, y postula -en resumen- que las ciencias sociales a diferencia de las ciencias naturales –que buscan explicar y predecir- se restringen a comprender o describir, así como, que el método científico por ninguna razón podría ser aplicable a las ciencias sociales (motivo por el cual en las ciencias sociales o en el estudio cualitativo no sería necesario formular hipótesis para poder investigar), es necesario no olvidar que la existencia de ciencias biosociales, como la antropología y la psicología social, refuta la tesis idealista, en particular, neokantiana y hermenéutica, de que las ciencias son disyuntas de las naturales, y por consiguiente, exigen un método radicalmente diferente del método científico (Bunge, 2007). Prueba de ello, es que a causa de que los valores y la moralidad están arraigados tanto en los cerebros como en las sociedades -en lugar de flotar sobre ellas- las lesiones cerebrales y los trastornos sociales graves pueden causar la pérdida del sentido moral (Bunge, 2009).

Por ejemplo, la lesión bilateral de la corteza prefrontal ventromedial perjudica la capacidad de distinguir el bien del mal (véase, por ejemplo, Koenigs et al., 2007); de manera semejante, la guerra nos hace olvidar que el enemigo es tan humano como nosotros. (Bunge, 2009, pág. 137)

Entonces, estando a que formular hipótesis es inevitable en toda investigación y que no cabe hacer distinciones dicotómicas y excluyentes entre lo cuantitativo y lo cualitativo, por cuanto lo social y lo físico no son dos mundos autónomos –y sin vínculo alguno- que merezcan cada uno un método y un enfoque epistemológico totalmente diferentes y exclusivos, consideramos pertinente y necesario formular una hipótesis para la presente investigación.

Ahora, el motivo por el que no se ha trabajado con variables e indicadores, durante la investigación, es porque las variables solo pueden estar referidas a las propiedades de un objeto concreto más de un objeto conceptual o artificial (como es el caso de las teorías jurídicas). Y es que una variable en una investigación “sirve tanto para dar razón de la variedad y el cambio cuanto para dar cuenta de los esquemas de variación y de cambio” (Bunge, 2004, pág. 265). Entonces, mal se haría en hablar de variables en el estudio de un objeto conceptual o artificial, toda vez que solo las propiedades de los objetos concretos tienen las cualidades de variedad y cambio. Además, el cambio se debe a la variedad, y la variedad es a su vez simplemente el resultado del cambio. Es por ello, que es probable que “ningún par de cosas ni de acontecimientos sea idéntico o permanezca idéntico consigo mismo en todos los aspectos, en todos los detalles y para siempre” (Bunge, 2004, pág. 265). Algunos ejemplos de variables serían: la distancia, el tiempo, la presión sanguínea, la velocidad de reacción, etc.

Por estas razones, a continuación procedemos a formular solo la hipótesis de nuestra investigación.

2.2.1. HIPÓTESIS.

Dado que el derecho se apoya en el conocimiento científico, tiene un contenido moral y/o ideológico, y busca transformar o controlar procesos sociales; entonces, el Derecho, pertenece al estatus epistemológico de la tecnología Social.

CAPÍTULO III

DISEÑO METODOLÓGICO

3.1. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.

3.1.1. PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS.

3.1.1.1. MÉTODO.

El método que se empleó para la recolección de datos fue el Documental. Gracias a este método se obtuvo la información deseada, esto es, las características y propiedades de las teorías del negocio jurídico (voluntarista, preceptiva y normativa), las teorías del delito (causalista, finalista y teleológica), la teoría neoconstitucionalista y la teoría del análisis económico del Derecho; que se hallaban plasmadas en diversos textos o documentos.

El motivo por el que no se analizó otras teorías como el naturalismo jurídico, el positivismo jurídico, el realismo, la teoría egológica, etc., que son complejas y ricas en contenido, es porque estas teorías *in estricto* no son teorías que produce el derecho sino son meta teorías que tratan de explicar la naturaleza del Derecho desde las disciplinas filosóficas como la ontología, epistemología o ética.

3.1.1.2. TÉCNICA.

La técnica que se usó y que permitió la aplicación eficaz del método documental, al momento de recolectar los datos, fue la técnica de fichaje. Pues gracias a esta se pudo acopiar y almacenar la información necesaria para cubrir el problema y objetivos que se plantearon en la investigación, así como, ordenar y sistematizar lógicamente las ideas.

3.1.1.3. INSTRUMENTO.

El instrumento que se usó durante la investigación fue la ficha bibliográfica.

3.1.2. PARA EL ESTUDIO DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA.

Para el estudio de las teorías del delito, las teorías del negocio jurídico, el neoconstitucionalismo y el análisis económico del derecho, se ha utilizado el método analítico-sintético, que según Bunge (2004) consiste en la descomposición y composición de un objeto; esto es, descubrir los elementos que componen cada totalidad y las interconexiones que explican su integridad.

El análisis/síntesis puede ser conceptual, empírico o de ambos tipos. El conceptual distingue sin desarmar (como ha sucedido durante la presente investigación), mientras que el empírico consiste en separar los componentes de un todo concreto (Bunge, 2005).

Este método, durante la investigación, permitió descomponer las teorías del negocio jurídico (voluntarista, preceptiva y normativa), las teorías del delito (causalista, finalista y teleológica), la teoría neoconstitucionalista y la teoría del análisis económico del Derecho en sus características o propiedades y reconstruir cada una de estas teorías por medio de las inferencias fundadas en las relaciones entre sus propiedades.

Finalmente, se ha tenido que recurrir al método inductivo (que se caracteriza por inferir una conclusión general a través del estudio particular) para que a partir del estudio de las teorías jurídicas (como son: las teorías del negocio jurídico, las teorías del delito, la teoría neoconstitucionalista y la teoría del análisis económico del Derecho) arribar a las conclusiones de la investigación; que serán expuestas en la parte final del presente trabajo

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LAS TEORÍAS JURÍDICAS

4.1. TEORÍAS DEL NEGOCIO JURÍDICO.

A continuación, desarrollaremos algunas posturas que se construyeron en torno al negocio jurídico, y que surgieron de acuerdo a las necesidades de cada época, y como sucede en cualquier cambio en la historia, para comprenderlo es preciso conocer lo que había antes, en palabras de Bertrand Russell (2009), “Para comprender una época o una nación, debemos comprender su filosofía, y para eso tenemos que ser filósofos nosotros mismos hasta cierto punto”. (pág. 34)

Cabe mencionar que pretendemos demostrar que el contexto histórico, a través de la política y la economía, determina el contenido de la Teorías Jurídicas.

Cada época de la historia del ser humano viene definida por una serie de características que nos sirven para diferenciarla de la anterior (y de la posterior). Cada época se caracteriza por tener una serie de ideas, temas más o menos comunes, filosofías, creencias extendidas, un *modus vivendi*, que quedan plasmados en el arte plástico, la moda, la política, la música y la economía y por ende en el Derecho.

En un primer momento se desarrollara de manera sucinta el contexto histórico, sin entrar en detalle, luego se pasara a revisar el contenido de la teoría y se descompondrá en premisas; consideramos que lo expuesto será suficiente para los fines propuestos.

Antecedentes a la formación de las Teorías del Negocio Jurídico (TNJ).

Para un mejor entendimiento de las TNJ nos referiremos brevemente a la forma en que antes de la aparición de la teoría voluntarista estaba regulada los actos de autonomía privada, para ello nos remontamos al Derecho romano.

En el Derecho romano se asumía que todo contrato (*contractus*) debía tener un fundamento jurídico para la producción de consecuencias jurídicas; es decir solo se brindaba protección (por el ordenamiento jurídico romano) de los intereses particulares, si existía justificación objetiva, que es la causa, solo así generaban efectos jurídicos, con el termino contrato se designaba el acto constitutivo de consecuencias jurídicas (Morales, 2006).

Es decir no bastaba solo el acuerdo consensual, sino que también se requería de la causa. Era necesaria la *convetio* (como acuerdo) pero no suficiente, para generar consecuencias jurídicas.

Es así como se caracterizaba el contrato, en palabras de Rómulo Morales (2006): “El contrato se diferenciaba de otras figuras jurídicas por una categoría denominaba “causa”. La “causa” propiamente dicha para el derecho romano era la condición de eficacia vinculante de los contratos” (pág. 36).

Así, por ejemplo tenemos que:

- La causa en los contratos de comodato, de depósito, de mutuo y de prenda, era la entrega.
- La causa del contrato verbal eran las palabras solemnes
- En los contratos literales era la formalidad escrita.

- Los contratos de compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad, eran figuras típicas ordenadas en serie cerrada y un contenido predeterminado; y los contratos innominados la causa eran modelos legales no previstos específicamente (Morales, 2006).

La *convetio* (acuerdo consensual) carecía de fuerza vinculante, como fundamento de la producción de los efectos jurídicos, y requería por eso de la *causa civilis* o del *vestimentum* nacido del mismo. Este sistema, en términos generales y con algunos cambios, permaneció a lo largo de la edad media.

A lo largo de la Edad Media, el único fundamento de la fuerza obligatoria de los contratos se halla en la circunstancia de haberse cumplido una forma ritual, o de haberse entregado materialmente una cosa (lo que también es una formalidad). La civilística sigue ligada al sistema justiniano y las pocas innovaciones en tema de contratos impiden afirmar la instauración del consensualismo. (Morales, 2006, pág. 38)

Históricamente, en tanto cambian las circunstancias, el derecho (como ordenamiento jurídico) va moldeándose a estas, es así que el tráfico mercantil exigía mayor simplificación en las relaciones económicas para la dinamización de estas.

Debemos advertir que, el tráfico jurídico se construyó en base a la praxis comercial, por lo que los canonistas, quienes mantenían en muchos casos el poder político, simplemente recomendaban a los privados que realizaban contratos que adaptaran su comportamiento contractual a los principios de la moral cristiana, pero no propiciaron la idea de facilitar el tráfico mercantil. La práctica del tráfico mercantil exigía una nueva concepción de la contratación privada que dinamice esta actividad, es así como

emerge el contrato como acuerdo consensual dotado por si de fuerza vinculante y como instrumento adecuado para cumplir una función económica (Morales, 2006).

En síntesis el derecho canónico influyo muy poco en la nueva concepción del contrato consensualista o voluntarista; dado que teóricamente la escuela del derecho natural racionalista cambio los esquemas contractuales del derecho romano.

Uno de los representantes de esta escuela es el jurista holandés, Hugo Grocio (1583-1645), para quien la fuente del derecho natural se basaba en el *appetitus societatis* del sujeto individual y en la regla de estar obligado a mantener su palabra empeñada (*pacta sunt servanda*) en las relaciones económicas.(...).

Por lo tanto, la doctrina de Grocio tenía en cuenta dos ideas fundamentales: el acto humano económicamente útil como punto de partida para la caracterización del contrato y el consentimiento como la fuerza jurídica generadora de obligaciones. (Morales, 2006, pág. 40)

Desde esta perspectiva el acto humano económicamente útil era una situación jurídica natural es así que los sujetos individuales están dotados de un poder o energía creadora de la voluntad. Por lo que el consentimiento es necesario y suficiente para vincular a las partes de un contrato.

El contrato ya no se define por su eficacia –la obligación- sino por su contenido: la voluntad de obligarse; por lo que el contrato era definido como acuerdo consensual dirigido a la producción de obligarse y a través del cual se producía un intercambio económico entre las partes.

A diferencia del derecho romano, aquí el consentimiento (acuerdo de voluntades) es el elemento necesario y suficiente para vincular a las partes. Así el tráfico mercantil impuso una nueva forma de realizar los contratos.

Así, según Rómulo Morales, los juristas franceses fueron influenciados por el tráfico mercantil y por las ideas de la escuela del derecho natural racionalista, es por ello que afirma:

Desde nuestro punto de vista, los juristas franceses consolidaron, en lo referente a la contratación privada, la idea del *contractus* (contrato) la idea de la *convetio* (consentimiento). Estas ideas jurídicas se fundaron en un respeto a la libertad individual, a la igualdad de todos ante la ley y a la fraternidad entre los miembros de la sociedad. La libertad y la igualdad de los seres humanos fueron reconocidas por el derecho positivo a través del principio de autonomía de la voluntad. (Morales, 2006, pág. 45)

Al respecto existe controversia sobre la existencia de la doctrina francesa, según Leysser Leon (2004) no existe tal doctrina. Sin embargo, por el objetivo del presente trabajo no nos detendremos en esto, ya que las consecuencias de la determinación de la existencia o inexistencia no afectan la concepción de la teoría voluntarista dado que en términos generales parten de ciertos presupuestos que coinciden.

Giuseppe Stolfi (jurista italiano), citado por Taboada (2002), cuando se refiere al origen del negocio jurídico afirma:

Para convencerse de la exactitud de cuanto precede puede recordarse que la figura en examen fue delineada por los jusnaturalista alemanes hacia finales del siglo XVIII y recogida a continuación por los pandectistas, también después de surgir

la escuela histórica. (...) La contestación surge de lo que antes hemos dicho: jusnaturalistas y pandectistas vivieron en uno de los periodos más brillantes del pensamiento humano, cuando florecía la idea de la libertad, que domino su espíritu y guio sus investigaciones, a base de la normal coincidencia de las doctrinas jurídicas y de la ideología social y política de la misma época. Así, los primeros se hicieron valedores de la omnipotencia de la voluntad individual también en el campo del Derecho, especialmente como impedimento a la prepotencia del príncipe. Y los segundos, remontándose y desarrollando la doctrina de los justinianos de que el efecto jurídico de los humanos depende directamente de la voluntad individual, terminaron por crear un sistema de derecho privado fundado en la libertad de los particulares, y en el centro del mismo pusieron al negocio jurídico, concebido como el paradigma típico de la manifestación de voluntad, de la que deriva el nacimiento. La modificación o la extinción de una relación personal o patrimonial. (pág. 69)

Hasta aquí el contexto histórico que explica el surgimiento de la Teoría Voluntarista.

4.1.1. TEORÍA VOLUNTARISTA.

Esta teoría se remonta históricamente al siglo XVIII, en el que el voluntarismo era el fundamento principal de la Teoría del Derecho y del Estado, en tanto se recurría a la voluntad para explicar el surgimiento del Estado (Merino, 2016). Uno los acontecimientos ilustrativos que demuestran el contexto y las ideas que surgieron en este siglo, es la Revolución francesa suscitada en 1789, antes de este suceso el Derecho estaba influido por el derecho natural, que fue utilizado por las monarquías, estas se basaban en el principio del derecho divino, privilegiaban la posición del clero católico en la

administración política y no prestaban interés a las libertades civiles individuales, ante esta situación los particulares buscaban mayor autonomía y poder frente al estado opresor (Andrade, 2013).

Es en ese contexto surgen los términos “izquierda” y “derecha”, los llamados derechistas defendían “(...) la continuidad del *ancien régime*, es decir el antiguo régimen de estructura semi-feudal con una clase aristocrática bien acomodada y basada en privilegios de casta adscritos desde el nacimiento (Andrade, 2013, pág. 31). Por otro lado los izquierdistas, eran “(...) partidarios de un sistema de gobierno republicano, promovían una mayor movilidad social de clases y pretendían liquidar los privilegios de las casta dominante, negaban el principio del derecho divino en favor de un concepto de la soberanía basada en el contrato social, recomendaban un Estado laico en el cual se prescindiera de la participación del clero y exaltaban las libertades civiles individuales” (Andrade, 2013, pág. 31). Asimismo la defensa de la libertad por parte de los revolucionarios franceses implicaba la libertad económica de vender y comprar libremente a un precio no regulado por el estado, propusieron reformas económicas en contra del feudalismo, pues en este régimen predominaba un sistema mercantilista que desconfiaba del libre ejercicio del mercado.

Se buscaba mayor autonomía y poder de los particulares frente al predominio estatal monárquico. De esta manera, se creó una gran masa de ideas políticas y filosóficas que desencadenaron el cambio social (Merino, 2016).

Es aquí donde podemos evidenciar que frente ante la opresión por parte del Estado Monárquico, como un problema social, se busca transformar la realidad social, teniendo como un valor fundamental la “Libertad”, es así que en el Derecho surge la teoría

voluntarista, poniendo en el centro de las doctrinas la voluntad vinculada con la libertad individual.

En el plano jurídico, frente a estas circunstancias, en el derecho privado el fundamento de la producción de efectos jurídicos de un contrato era la voluntad de los particulares, así de acuerdo con Rómulo Morales (2006), desde esta teoría:

El contrato se define como el acuerdo libre de voluntades individuales concurrentes y naturalmente creadoras de obligaciones. Las obligaciones se producen por la voluntad de los sujetos considerados individualmente. Entonces, la fuerza obligatoria del contrato se explica solo por el simple “consentimiento”: el fundamento de la obligatoriedad del efecto contractual se concibe en el ámbito de la voluntad psicológica. Esta voluntad se dirige y debe dirigirse a alcanzar un resultado jurídico (obligación) por “ser deseado” por los contratantes (criterio de la producción de las obligaciones queridas). El derecho positivo simplemente deberá “reconocer” y tutelar la voluntad destinada a la producción de obligaciones. (págs. 46-47)

Esta es la definición que predominaba en la doctrina y que se trasladó a los cuerpos normativos, como se aprecia el sustento de esta definición está en la libertad individual, a la presunción de igualdad de todos ante la ley, generándose así la autonomía de la voluntad, este a su vez fue considerado como un principio fundamental de derecho contractual.

Un ejemplo de la codificación bajo esta definición es el Código Civil de Francia de 1804 plasmó legislativamente estas ideas y admitió a la autonomía de la voluntad como fuente por excelencia de las obligaciones. Así por ejemplo tenemos los artículos 1134 y 1101 del Código Civil de Francia (Merino, 2016).

En esta teoría se destacan dos ideas, a saber: La teoría voluntarista del contrato se sustenta en las ideas de 1) la voluntad psicológica y 2) autónoma.

Premisa 1.- La idea de la voluntad psicológica como el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato es decir da relevancia al aspecto subjetivo. La juridicidad es concebida en forma restringida, ya que la voluntad, como facultad psíquica o hecho psicológico interno es el criterio determinante para que los sujetos individuales se vinculen contractualmente.

Premisa 2.- La idea de una “voluntad autónoma” denota la idea de auto vinculación que justifica el reconocimiento del derecho positivo a los particulares de auto limitarse. Estas dos ideas jurídicas son el fundamento de esta teoría.

Es decir se considera a la voluntad como una entidad suficiente para la producción de efectos jurídicos. De las premisa expuestas se puede inferir la influencia de la psicología, queda claro que la definición de voluntad era desde una óptica del Derecho, es decir como voluntad jurídica; sin embargo, eso no niega tal influencia, en tanto los conceptos utilizados para explicar, por ejemplo: El Proceso formativo de la voluntad jurídica, inicia al interior del sujeto para formar la voluntad interna y que concluye con su exteriorización, mediante la manifestación, así mismo existen tres factores que conjugados, dan lugar a la formación de la voluntad interna: a) Discernimiento, b) intención y c) libertad (Vidal, 2007); esta explicación no es meramente intuición sino que fueron tomados como base de la Psicología.

Esta forma de concebir y aplicar, la relación entre los particulares y el Estado, se extendió hasta el siglo XIX, que estaba guiada por la no intervención del Estado en la economía consecuentemente en los instrumentos, como el negocio jurídico, en el tráfico mercantil. Esto causó una competencia desenfrenada entre naciones, quienes pretenden y

logran conquistar los mercados de otras naciones, por lo que existe una reacción contra los excesos.

Esto se explica, con la revolución industrial y el crecimiento de las empresas a mediados del siglo XVIII, la idea de libertad en el aspecto económico llegó, de alguna forma, a oprimir. Las empresas agotaban el mercado interno y miraban hacia el exterior creando carteles internacionales y monopolios. Pero, en el aspecto laboral, es donde se originó mayores problemas, pues el movimiento de expansión y contradicción del capital en vías de acumulación produce ya sea la insuficiencia o la superabundancia del trabajo ofrecido (Merino, 2016).

Es así que a finales del siglo XIX (y principios del XX), frente a estas circunstancias surgieron ideologías políticas para hacer frente ante los problemas que les aquejaban, tales como la revolución socialista y la instauración del Estado de bienestar. La idea socialista propugnaba la abolición de la propiedad de los medios de producción hacia una propiedad social, así como la casi total extinción de libertad de contratar al ser una economía totalmente planificada en lo que respecta a los precios y a los subsidios. Por otro lado, el Estado de Bienestar proponía una intervención directa del Estado en la economía, no solo como regulador sino también como actor económico con inversiones y empresas, controlando determinados precios, y siguiendo determinados planos macroeconómicos (Merino, 2016).

Así, tenemos por ejemplo, con la Constitución Alemana de *Weimar*, un Estado de bienestar al que se le considera como un término medio entre las dos corrientes ideológicas que estaban pugnado en el mundo: el liberalismo y el socialismo. Incluso Estados Unidos en los años treinta tuvo que implementar medidas intervencionistas inspiradas en el Keynesianismo para lograr un equilibrio en el mercado.

Es por ello que Di Majo, citado por Merino, afirma:

Mientras en el ochocientos, el principio de libertad contractual se cargaba de valores y significados estrictamente asociados a un *trend* democrático emancipatorio... la moderna doctrina de la libertad contractual se demuestra menos sensible a tales valores y más preocupada de defender la libertad de poderes, también fuertes, frente a la invasión de poderes del Estado y/o de la autoridad público (Merino, 2016, pág. 155).

Así, de todo lo expuesto podemos inferir que, esta teoría cumple con las características de una tecnología social, en tanto ha usado conceptos (prestados, como por ejemplo el de la “voluntad”), de manera racional, de la psicología; asimismo históricamente esta teoría ha seguido un valor que es el de la Libertad individual, por otro lado del contenido de la teoría, podemos decir que esta pretende determinar cuando estamos frente a un acto (negocio) con relevancia jurídica, es así que en un primer momento su finalidad fue el de transformar una realidad social para después controlar tal sociedad, a través de los requisitos que exigen.

4.1.2. TEORÍA PRECEPTIVA.

El socialismo cobra fuerza a fines del siglo XIX buscando poner freno al tremendo abuso de los detentadores del poder económico. Así las cosas, en el plano del derecho privado, también surgen ideas intervencionistas, en la forma de regulación de los intercambios económicos, es así como emerge la teoría preceptiva del negocio jurídico.

El representante principal de esta teoría es Emilio Betti (1890-1968), su obra, fundamental “Teoría General del Negocio Jurídico” fue escrita en los cuarentas (del siglo XX) en el contexto detallado anteriormente, es decir tuvo influencia del socialismo; esta

afirmación podemos corroborarla con la defensa que hizo del Código italiano de 1942 de corte fascista, dado que se anunciaba la modificación de este código, esto a raíz de la caída del régimen fascista, Betti , hizo una defensa como jurista político (quien observa su realidad y propone los cambios), así expone lo siguiente: “(El jurista político) Es llamado sobre todo a proponerse problemas de política legislativa de frente a los conflictos de intereses que se agitan en la sociedad nacional la cual pertenece, y a ponderar las mejores soluciones correspondientes a las exigencias históricas determinadas en aquella” (Betti, 1945, pág. 21). Y dirigiéndose a los opositores que querían establecer de nuevo el código anterior de 1865, posición que consideraba errada, les dijo:

Por qué no toman en cuenta de aquello que es el dato más seguro de la evolución de la sociedad moderna, no solamente de nosotros sino en toda Europa continental, en los últimos cincuenta años: la aparición cada vez mayor de la solidaridad social a través de una serie de vínculos que, por un lado limitan la libertad de los particulares, del otro lado garantizan la convivencia y la cooperación. Una revisión del presente código civil deberá ser llevado acabo, los criterios las cuales deberían, a nuestra humilde opinión, informarse, no podría ser aquellas(...),de hacer tabula rasa de aquello que se ha hecho e innovado en la reciente reforma legislativa, sino más bien de ponderar una serie de innovaciones sustanciales y sistemáticas y de llevar, mediante adecuada elaboración, a un más maduro desarrollo aquellas innovaciones que mejor respondan a las exigencias modernas de sociabilidad en la función normativa del derecho (Betti, 1945).

Es por ello que critica a la postura voluntarista, en tanto que la definición que realiza la dogmática pandectista, que tiene un componente de formalismo individualistico, es defectuosa, dado que reduce el negocio jurídico a un nivel de un mero

hecho psicológico del sujeto, el cual desconoce su naturaleza de “hecho social”, en tanto pertenece a la vida de relación y es un instrumento de la autonomía privada. Esta forma de entender requería aclarar dos aspectos: 1) “Despsicologizar” el acto de autonomía y de someterlo a una interpretación típica según las apreciaciones sociales, y 2) “Reconocibilidad” en el ambiente social, que se requiere a los actos socialmente relevantes (Betti, 2001). Aquí podemos advertir que se hace el uso de un concepto de la sociología (en tanto disciplina) que es el de “Hecho social”, demostrándonos la influencia en el Derecho.

La calificación del negocio como “declaración de voluntad” (que es una traducción de “Willenserklärung”) nos viene de los pandectistas alemanes del siglo XIX, seguidores del dogma de la voluntad (de Savigny a Windscheid), y es el resultado de una elaboración un tanto arbitraria de las fuentes romanas operada, con la tendencia y en el sentido de aquel dogma, sobre el terreno del Derecho común. A través de esta progenitura nos lleva de nuevo, en definitiva, a la concepción individualista que impero en la doctrina del Derecho natural de los siglos XVII y XVIII, y se muestra fruto de aquella misma mentalidad abstracta y antihistorica que fue a buscar en un “contrato” la génesis de la sociedad humana (Betti, 2000, pág. 58)

Betti, asume que la concepción individualista inspira el dogma de la voluntad, cuando la esencia (del NJ) reside en la autonomía privada, es decir el individuo no debe limitarse a “querer”, a desear, sino a disponer, o sea, actuar objetivamente.

Con el negocio el individuo no viene a declarar que quiere algo, sino que expresa directamente el objeto de su querer, y éste es una regulación vinculante de sus intereses en las relaciones con otros. Con el negocio no se manifiesta un estado de

ánimo, un modo de ser del querer, lo que tendría una importancia puramente psicológica, sino que se señala un criterio de conducta, se establece una relación de valor normativo. (Betti, 2000, pág. 59)

El preceptivismo asume que solo tiene sentido el negocio jurídico en tanto exista propiedad individual, ya que son los mismos miembros de una sociedad quienes tienen que intercambiar bienes y servicios; a partir de ello surge un problema que es el de determinar si estas relaciones de intercambio tienen que ser reguladas desde arriba, por una autoridad superior, o si, por el contrario, tienen que ser reguladas directamente por los mismos interesados, de acuerdo con la apreciación de estos acerca de lo que les resulta conveniente. Así, Betti (2001), considera que:

En realidad, solo donde es reconocida la propiedad individual se advierte, por un lado que los negocios entre los sujetos y la circulación de los bienes entre los particulares son necesarios, y por otro lado, que la cooperación entre los particulares se basa en la autonomía privada. (pág. 32)

Asimismo, considera que tanto el negocio jurídico como el derecho subjetivo están al servicio de la libertad de los individuos en la realidad social, ambos con finalidades distintas, el derecho subjetivo tiene una finalidad estática de conservación y de tutela, mientras que el negocio tiene una finalidad dinámica, de desarrollo y de renovación. Los dos se rigen por el principio de la iniciativa y autorresponsabilidad privadas (Betti, 2001).

Entonces, el negocio jurídico puede ser concebido como un acto de autonomía privada, al cual el Derecho asigna efectos destinados a realizar la función socialmente útil que es peculiar de cada tipo de negocio. El derecho no brinda su apoyo a la autonomía privada sin conceder importancia a las finalidades que ella persigue, por el contrario, antes

de conferirle su propio reconocimiento vinculante, el Derecho evalúa, a tenor de la utilidad social, la función práctica que caracteriza cada tipo de negocio, y es así como decide considerarlo. El hecho de que tal evaluación dependa de condiciones históricas y sociológicas, y que tenga, por ello, un carácter contingente, es fácil de entender, si se tiene presente el encuadramiento de la autonomía privada en un ambiente social históricamente determinado (Betti, 2001).

Por lo que podemos afirmar que para esta teoría el negocio jurídico es el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada), y al que el derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo (Morales, 2006).

A manera de síntesis, la teoría preceptiva, parte de las siguientes premisas:

Premisa 1.- Los sujetos sociales tienen la potestad de autorregular sus intereses, la cual es creadora, modificatoria o extintiva de relaciones jurídicas. Este poder jurídico de los particulares para autorregular sus intereses dignos de tutela se denomina autonomía privada. La autonomía privada es el “hecho social” que el ordenamiento jurídico toma en consideración para la atribución de efectos jurídicos.

Premisa 2.- El negocio jurídico es un acto de autonomía privada, que el derecho enlaza los efectos destinados a actuar la función socialmente relevantes y dignos de tutela, el ordenamiento jurídico lo “reconocerá” posteriormente atribuyéndole efectos jurídicos.

Forma de funcionamiento.- El acto de autonomía privada (negocio jurídico) es el referente del hecho jurídico hipotético de una norma jurídica a través de un precepto privado. El precepto privado es contenido en el hecho jurídico hipotético de la norma jurídica ya existente y el ordenamiento jurídico lo califica en términos jurídicos de dos

maneras: 1) Si la función práctica del negocio es reprobable para el derecho positivo, el ordenamiento jurídico le atribuirá trascendencia jurídica negativa en el sentido de unir efectos jurídicos contrarios al fin práctico del negocio; y 2) si la función práctica del negocio es trascendente socialmente y digna de protección jurídica, el ordenamiento jurídico le conferirá una trascendencia jurídica positiva por medio del reconocimiento jurídico del negocio. Así, el derecho positivo conferirá a los particulares competencia dispositiva dentro de ciertos límites y cargas para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Criterios de calificación: La trascendencia jurídica positiva se describe en la estructura y en la función del negocio jurídico: 1) La estructura del negocio jurídico comprende la forma y el contenido. La forma es el modo (declaración o comportamiento) como el negocio se hace reconocible a los demás (el cómo del negocio); y 2) el contenido es el precepto de la autonomía privada (el qué cosa del negocio). Si los preceptos de la autonomía privada trascendentes socialmente son recepcionados por el ordenamiento jurídico en el hecho jurídico hipotético de una norma jurídica, se producirá el efecto jurídico. En otras palabras, el contenido preceptivo debe ser calificado por el ordenamiento jurídico a través del reconocimiento jurídico o de la recepción jurídica de los fines prácticos de los sujetos sociales conformes a los fines generales. Esta calificación jurídica, por parte del ordenamiento jurídico, se hace por tipos o intereses que puedan resumirse en tipos generales y en este sentido de típicos.

El aspecto material de la noción negocio jurídico es el criterio extra-jurídico para denotar los caracteres del negocio social. Una vez caracterizado este hecho social, se debe analizar el aspecto formal del negocio jurídico, en el sentido de la calificación del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, el negocio jurídico es el acto de autorreglamento de intereses privados jurídicamente relevantes pertenecientes a una realidad jurídica.

Por lo que, podemos concluir que esta teoría cumple con las características de una tecnología social, en tanto ha usado conceptos (prestados; como el de “hecho social”), de manera racional, de la sociología; asimismo históricamente esta teoría ha seguido un valor que es el de la “solidaridad”, por otro lado del contenido de la teoría, podemos decir que esta pretende determinar cuando estamos frente a un acto (negocio) con relevancia jurídica, a través de una característica que es lo socialmente relevante; es así que en un primer momento su finalidad fue el de transformar una realidad social por los abusos que se cometían, para después controlar tal sociedad, a través de los requisitos descritos.

4.1.3. TEORÍA NORMATIVA.

Luigi Ferri, es el principal representante de esta teoría, en un contexto en el que imperaba la teoría preceptiva formulada por Emilio Betti. Esta teoría se desarrolló en Alemania y en Italia en los primeros años del siglo XX; y postula que el negocio jurídico es fuente normativa, en cuanto tiene un contenido de normas. Se debe precisar que concibe a la norma jurídica en un sentido amplio, incluyendo las normas que tienen un contenido individual, en tanto están destinadas a personas concretas y determinadas, para precisar mejor, el sustento de ello según Ferri (2001) menciona:

Me parece que ha de declararse en primer lugar que el concepto del negocio jurídico como fuente normativa se funda sobre el presupuesto de que no todo el derecho es expresión de la voluntad general o de la voluntad de la comunidad. Si no se admite tal presupuesto no se puede afirmar con coherencia que el negocio contenga derecho. (...)

Si el derecho es voluntad general, no es derecho el negocio jurídico, es decir, no lo son los imperativos contenidos en él, en cuanto expresión del querer de los individuos.

Si todo el derecho se reduce a la voluntad de la comunidad o del Estado, al negocio jurídico le queda únicamente la función de hecho al que la ley, es decir, la voluntad general, conecta los efectos jurídicos o como se ha dicho, “la función individualizadora o concretadora de la voluntad del Estado”. A menos que se quiera sostener que también el negocio jurídico es expresión del querer de la comunidad. Pero tal afirmación no me parece fundada. (págs. 29-30)

Como vemos, esta postura parte de la premisa que no todo el derecho es expresión de la voluntad general, sino que también surge de los particulares en tanto la voluntad general confiere a los individuos el poder de crear derecho objetivo; por lo que este poder tiene sustento sobre una norma superior (o general), que es producto de la voluntad general. La norma general habilita a los individuos para crear derecho objetivo, y por ello son estos quienes crean derecho objetivo en cuanto habilitados por la norma general, y el derecho así creado es expresión de su querer. Entonces la comunidad quiere que el individuo tenga el poder de crear derecho, pero no quiere ni directa ni indirectamente lo que el individuo quiere (Ferri, 2001).

El negocio jurídico emana de la voluntad privada individual, por lo que la norma negocial está conectada al sujeto privado; atribuir a la voluntad de la comunidad o a la voluntad del Estado la norma negocial, equivale a hacer de los individuos órganos o representantes de la comunidad o del Estado, que actúen por cuenta y en interés de este, e igualmente equivale a borrar la categoría de los intereses privados y la razón misma de la distinción entre derecho público y privado. En resumen, el individuo no participa en el proceso de formación del derecho como órgano de la comunidad ni como delegado de esta (Ferri, 2001).

El poder de crear derecho le esta conferido por normas que son expresión del querer de la comunidad, pero en cuanto le esta conferido es ya un poder suyo y no un poder de la comunidad ejercido por delegación de ella. Admitiendo que el negocio es fuente normativa, se da un paso decisivo hacia la solución del problema de la autonomía privada. Esta se convierte en el poder, atribuido por la ley a los particulares, de crear derecho, es decir, de establecer normas jurídicas.

La tradición de la doctrina general del negocio jurídico alemán, la teoría general del negocio jurídico alemán y la teoría preceptiva del negocio jurídico parten de un marco teórico establecido por Savigny el cual es que la ley es fuente de derecho objetivo y el negocio jurídico es fuente de derechos subjetivos y deberes, es decir de relaciones jurídicas. La teoría normativa del negocio jurídico establecerá que el negocio al igual que la ley es fuente de derecho objetivo, de relaciones jurídicas y de situaciones jurídicas subjetivas. En efecto, esta teoría amplia el campo de acción del negocio jurídico por el poder jurídico que tienen los particulares de crear normas jurídicas. (Morales & Leon, 2004, pág. xii)

Asimismo, la justificación práctica, para asumir esta teoría es que puede ser de gran utilidad (si se desarrolla adecuadamente) para que la doctrina fuera arrancada de la vía muerta a que ha ido a parar y además está acorde con la realidad, así Morales & León (2004) afirman:

La concepción que el contrato es una norma (fuente de derecho), se apoya en los fenómenos de nuestro tiempo, que exaltan el valor general, o el valor supraindividual de la regla contractual como los contratos estandarizados, los contratos colectivos, los contratos asociativos, entre otros. (pág. xii)

Cabe mencionar que realiza algunas críticas contra la concepción preceptiva.

Los autores que han dedicado mayor espacio al problema consideran la autonomía privada como fenómeno social que vive fuera del derecho y es reconocido por este. Confieso que tal punto de vista no ha llegado a convencerme: sin el derecho no se puede concebir la autonomía privada, ni los negocios jurídicos. El problema de la autonomía privada es ante todo un problema de límites, y de límites que son siempre el reflejo de normas jurídicas, a falta de las cuales el mismo problema no podría siquiera plantearse a menos que se quiera identificar la autonomía con la libertad natural o moral del hombre. (Ferri, 2001, págs. 4-5)

La libertad natural o moral de querer o determinarse de un modo o de otro, solo es un dato de la realidad que constituye solo un presupuesto, un antecedente de la fenomenología jurídica. Lo mismo hay que decir a quienes confunden la autonomía privada con la iniciativa privada, demostrando con ello que se limitan al aspecto económico del fenómeno sin ocuparse del problema jurídico.

A continuación se desarrolla los principales postulados, de acuerdo con Rómulo Morales (2006):

1. La autonomía privada es el poder de producir cambios jurídicos mediante el establecimiento (modificación o derogación) de una norma jurídica. La autonomía privada es un poder conferido a los particulares por una norma superior, la cual regula su situación, estableciendo cargas y limitaciones. La Ley, lo mismo que puede ampliar el campo en el que actúa la autonomía privada, puede también restringirlo.
2. El negocio jurídico como acto de creación de una norma jurídica es un hecho jurídico concreto y fuente de derecho.

El negocio jurídico es un hecho jurídico concreto de una norma superior en el sentido que es una norma valida si ha sido emanada de conformidad con las normas contenidas en una fuente superior (fuente de validez).

El negocio jurídico es una fuente de producción (fuente de conocimiento) en el sentido de modo de manifestación de la norma jurídica y, por tanto, es el acto que tiene por contenido, la norma que disciplina jurídicamente la formación del derecho.

3. Si la autonomía privada es un poder de crear normas jurídicas, está claro que el acto jurídico en sentido estricto no es actuación de autonomía privada, porque no tiene contenido normativo, y los efectos que determina tienen su fuente en normas legislativas. De un lado, el negocio jurídico es el hecho jurídico concreto de normas superiores (fuente de validez), y por otro lado tiene contenido propio de normas jurídicas.

Mientras que, el acto jurídico en sentido estricto, no tiene otra importancia que la que se agota en su acaecer; precisamente porque no contiene ninguna realidad normativa que sobreviva a su acaecimiento y solo determina la entrada en función de imperativos o de normas que están por definición fuera de él (y han de buscarse en la ley que los disciplina y regula sus efectos).

Así, en los meros actos jurídicos, sean lícitos o ilícitos, la modificación jurídica, los efectos jurídicos, están “conformados” por completo, predeterminados por la ley, mientras que en los negocios jurídicos, los efectos están previstos en el mismo negocio, que contiene si regulación, regulación creada precisamente, al menos en parte, por los particulares y no establecida por la ley.

La distinción entre actos negociales y no negociales resulta de que para estos el acto produce los efectos jurídicos previstos por la ley por el hecho de la

realización del acto. Las consecuencias jurídicas no se siguen propiamente del acto, sino del hecho de que en un cierto acto se ha realizado, lo cual viene luego en consideración como hipótesis prevista por la ley para que sus disposiciones encuentren aplicación.

En cambio cuando los efectos se producen porque su reglamentación se encuentre en el acto que la prevé, las precisa, determina sus modalidades y eventualmente sus sanciones, tales efectos pueden considerarse como efectos del acto. Es en esta hipótesis en la que se contempla la figura del negocio.

4. El método democrático de producción jurídica se analiza a través de la “autonomía normativa”, la cual es el poder normativo atribuido a los sujetos para crear normas jurídicas por parte del derecho positivo. Así, el ordenamiento jurídico otorga poder normativo a los privados para crear normas jurídicas de grado inferior en relación a las normas de grado superior.

Esta delegación normativa es un modo de descentralización normativa para la configuración de un ordenamiento jurídico privado subordinado, coordinado, y armonizado con el ordenamiento jurídico superior por su relación de complementariedad.

Y el ordenamiento jurídico privado es autónomo por la creación de normas jurídicas privadas como partes integrantes del ordenamiento jurídico privado. Por eso, las normas negociales no forman un todo orgánico sino en el interior y en el ámbito de cada negocio concreto. (págs. 76-78)

Antes de terminar, con este breve análisis de las Teorías del Negocio Jurídico, podemos decir junto con De Trazegnies (1993):

El Derecho Civil estaba realmente vinculado a lo económico cuando la iniciativa económica estaba totalmente en manos privadas; pero cuando el Estado toma un

papel promotor, son más bien las reglas administrativas las que adquieren un papel protagónico. Porque lo económico dentro de una sociedad "moderna" estaba servido por una garantía jurídica de la libertad e iniciativa individual, lo que implicaba un disfrute pacífico de las propiedades y una autonomía contractual. Pero cuando lo económico no se basa en el cálculo individual sino en el impulso estatal (incluyendo un impulso de tipo capitalista como lo puede realizar el Estado taiwanés o coreano), entonces interesa no tanto un razonamiento formal sino más bien un razonamiento teleológico o finalista que oriente el sistema hacia los fines político-económicos propuestos. (pág. 38)

Finalmente, de lo expuesto podemos afirmar que esta teoría cumple con las características de una tecnología social, en tanto ha usado conceptos (prestados, como "operación económica", "interés o necesidad"), de manera racional, de la economía; asimismo históricamente esta teoría ha seguido los siguientes valores: "libertad individual" y "respeto a la sociedad", resaltando como compatible con la forma de gobierno democrática, por otro lado del contenido de la teoría, podemos decir que esta pretende determinar cuando estamos frente a un acto (negocio) con relevancia jurídica, a través de una característica (determinante) que es el interés individual; también se debe resaltar que, del contenido, se trata de una teoría que tiene como finalidad controlar una determinada sociedad, a través de los requisitos detallados.

4.2. TEORÍAS DEL DELITO.

Si bien dentro de la categoría jurídica denominada teoría del delito han surgido diversas teorías, para los fines de la presente investigación solo fueron de utilidad tres teorías del delito, por ser estas las más trabajadas y sistematizadas dentro de la categoría

jurídica de la teoría del delito. Estas son la teoría causalista o clásica del delito, la teoría finalista y la teoría racional-final o teleológica (funcional).

No habiendo otras precisiones o aclaraciones, es momento de pasar a analizar cada una de estas teorías.

4.2.1. TEORÍA CLÁSICA O CAUSALISTA.

Una de las teorías del delito que ha quedado casi superada, por teorías más consistentes que empezaron a surgir en los años siguientes, es la teoría causalista o teoría clásica del delito. Sin embargo, se la ha considerado para los fines del presente trabajo, por tratarse de la teoría que ha servido de base, o punto de partida, a las otras teorías del delito que más adelante se analizarán.

Esta teoría, postulada fundamentalmente por Ernest Von Beling y Franz Von Liszt, estuvo,

Sustancialmente influido por el naturalismo propio de la historia del pensamiento de comienzos del siglo XIX, que quería someter a las ciencias del espíritu al ideal de exactitud de las ciencias naturales y reconducir consiguientemente el sistema del Derecho penal a componentes de la realidad mensurables y empíricamente verificables. (Roxin, 1997, pág. 200)

Es por ello, que esta teoría entendía por acción:

Todo comportamiento corporal (fase externa, objetiva de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, voluntariedad), (fase interna, subjetiva de la acción); ello es, un comportamiento corporal voluntario, consistente ya en un hacer (acción positiva), ello es, un movimiento corporal, p.

ej. Levantar la mano, movimientos para hablar, etc., ya en un no hacer (omisión), ello es, distensión de los músculos. (Elía, 2002, pág. 42)

Lo relevante de esta definición de acción, es que pone en evidencia que la teoría clásica del delito, en su construcción o elaboración, no solo partió de determinados supuestos, sino que también apoyó dichos supuestos –como es el caso del elemento acción- en los conocimientos ofrecidos por las disciplinas científicas de ese tiempo.

Sin embargo, el apoyo de la teoría clásica del delito en los hombros de la ciencia de su época no estuvo restringida a la acción –elemento del delito considerado en esa época como elemento extrajurídico-, sino también, se extendió a los otros elementos y aspectos de la teoría del delito, como al estado de necesidad exculpante -eximente de la culpabilidad-, respecto del cual esta teoría señalaba que,

Quien sacrifica a otro para salvar su vida en una circunstancia extraordinaria como las señaladas, comete un acto desvalioso y quizá reprochable, pero el derecho no exige héroes sino hombres de carne y hueso, con todas las debilidades y temores invencibles que son propios de la naturaleza humana”. (Elía, 2002, pág. 54)

En otras palabras, quien realizara la conducta descrita en el párrafo anterior –de acuerdo con esta teoría- no sería culpable y, por consiguiente, no habría cometido delito; ya que, como se indica, en situaciones como estas “todas las barreras resultan impotentes —afirmaba Garraud— frente al instinto de conservación, fundado en la naturaleza del ser” (Elía, 2002, pág. 55). Un ejemplo de esto, es el conflicto entre dos vidas humanas en que el autor prefiere su propia salvación a la del otro: caso de naufragio, incendio, etc.

En síntesis, la ciencia de ese tiempo le sirvió mucho a la teoría clásica del delito; puesto que, sin el aporte de la ciencia se habrían sancionado acciones que no merecían

ser sancionadas. Incluso, la falta de una definición de acción, habría traído como consecuencia la sanción de hechos humanos que no habrían sido propiamente acciones.

Pero, considerando que aún falta mucho por rebanar sería imprudente afirmar que esta teoría reúne las características de una tecnología social; más cuando no solo la tecnología, sino también la ciencia suele partir de otros conocimientos científicos. Así que, lo mejor será continuar con el análisis.

Se tiene también, que esta teoría tampoco fue ajena a valoraciones morales. Por ejemplo, define al injusto penal –elemento también del delito- como aquel “que lesiona aquellos valores superiores, que representan el sentido ético de la comunidad en un momento dado de su historia” (Elía, 2002, págs. 46-47). Este dato es importante porque indica que esta teoría incorporó también a su idea de delito a los valores y a las normas éticas que predominantes dentro de un grupo social, de un tiempo y espacio determinado.

Esta definición de injusto penal, revela además que el derecho penal –fundada en esta teoría- no buscaba castigar toda clase de conductas sino solo las que vulneraban aquellos valores que son tan importantes, que los que las vulneran merecen ser castigados bajo las sanciones previstas por el derecho penal. Es decir, en ese tiempo se tenía presente que no siempre las conductas consideradas como delito para el Estado A eran también, delitos para el Estado B.

En ese sentido, considerando que la ciencia es a-valorativa y distante de lo bueno y lo malo, se tiene que las luces siguen apuntando en dirección de la tecnología que en dirección de la ciencia.

Ahora, la pena como consecuencia jurídica de la conducta delictiva no es una novedad del derecho penal moderno, pues también existió en la época en que fue forjada

la teoría causalista y aún antes todavía; muchos recordarán la famosa ley del talión “ojo por ojo, diente por diente”; sin embargo, se ejecutaba de forma diferente. Por ejemplo, en aquel entonces las penas eran ejecutadas por los mismos afectados, en respuesta al daño, y muchas veces –por no decir en su totalidad- las penas estaban influenciadas por el instinto; en cambio, en el derecho penal moderno las penas se empezaron a ejecutar de forma institucionalizada. Lo relevante de esta corta comparación histórica, es que pese al tiempo transcurrido el objetivo de la pena en el fondo casi no cambió.

Retomando el análisis, en el caso de la teoría bajo examen, si bien ésta no tenía por objetivo que el individuo castigado no vuelva a cometer otro delito, en esencia sí buscaba lo mismo cuando se señalaba que “la pena cumple su fin por medio de su efecto sustentador de la autoridad (efecto de prevención general)” (Elía, 2002, pág. 24). Pues, para esta teoría buscar el respeto por la autoridad del Estado y por la legislación penal en esencia era también buscar desalentar las conductas delictivas; porque el Estado prohíbe estas conductas.

En síntesis, la teoría clásica del delito buscó combatir contra la criminalidad de su tiempo; es por esa razón que, los seguidores de esta teoría clásica señalaban que “a nuestra disciplina es a la que le corresponde el mando en tal batalla” (Liszt, 1994, pág. 133).

En resumen, la teoría clásica del delito no fue una teoría científica sino tecnológica; aunque no haya estado guiada por una determinada ideología; pese a que muchos señalaban que Franz Von Liszt, representante de esta teoría, era un “(...) liberal de izquierda –en palabras de Calvi-“ (Liszt, 1994, pág. 12).

4.2.2. TEORÍA FINALISTA.

De acuerdo con Roxin, esta teoría se basó “filosóficamente en teorías ontológico-fenomenológicas, que intentaban poner de relieve determinadas leyes estructurales del ser humano y convertirlas en el fundamento de las ciencias que se ocupan del hombre” (Roxin, 1997, pág. 200).

Por esta razón, “su punto de partida es un concepto de acción distinto del de las anteriores concepciones sistemáticas y mucho más rico en contenido” (Roxin, 1997, pág. 199).

Para esta teoría, la acción humana jurídicamente relevante no es el mero comportamiento voluntario sino, el ejercicio de actividad final; toda vez que, “la voluntariedad significa que un movimiento corporal y sus consecuencias pueden ser reconducidos a algún acto voluntario, siendo indiferente qué consecuencias quería producir el autor” (Welzel , 2004, pág. 45). Según esta teoría la acción es,

Un acontecer final y no solamente causal. La finalidad, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente. (Welzel , 2004, pág. 41)

Ahora, por ejemplo una acción final de matar se da,

No sólo en caso de que la muerte fuera el fin de la conducta voluntaria, sino también cuando era el medio para un fin ulterior (por ejemplo, para heredar al

muerto), o si era un efecto concomitante comprendido por la voluntad de realización. (Welzel , 2004, pág. 46)

De este modo de entender la acción se desprende que la teoría final del delito –de Welzel- partió de una teoría de las ciencias sociales, nueva en ese tiempo, la psicología del pensamiento del filósofo Richard Honigswald, precisamente de la obra Fundamentos de la psicología del pensamiento; tal como el mismo Welzel (Welzel , 2004) lo señaló en su momento. De la misma forma se apoyó en los trabajos de “(...) los psicólogos Karl Buhler, Teodor Erismann, Erich Jaensch, Wilhelm Peters y los fenomenólogos P. F. Linke y Alexander Plander, entre otros” (Welzel , 2004, pág. 28).

Todos estos trabajos que aparecieron en la década de 1920 a 1930, llevaron a cabo la ruptura con la antigua psicología mecanicista, de elementos y asociaciones y pusieron de manifiesto una forma de realización de los actos anímicos que no era causal-mecánica. (Welzel , 2004, pág. 28)

El avance descrito en el párrafo anterior es importante para los fines de la presente investigación, primero, porque puso en evidencia el gran avance de esta teoría con relación a la acción (presupuesto del delito); ya que, a partir de ese momento las prohibiciones y los mandatos del derecho dejaron de dirigirse a los procesos causales ciegos para dirigirse sólo a las acciones que sí podían configurar finalmente el futuro; y, segundo, porque el avance que experimentó la teoría del delito –que fue bueno- se dio gracias al progreso de una ciencia específica, que es la psicología.

En síntesis, esta teoría también se apoyó en la ciencia de su tiempo al igual como lo hizo la teoría clásica del delito.

Otra cuestión importante es que los valores morales, usualmente presentes en casi todos los sistemas sociales, no estuvieron ausentes en los postulados de la teoría finalista. Por ejemplo, según esta teoría una conducta se convierte en delito cuando infringe “el orden de la comunidad de un modo previsto en uno de los tipos legales” (Welzel , 2004, pág. 69), y no concurre ningún dispositivo legal permisivo, que la libere de antijuridicidad. En otras palabras, la conducta prohibida u ordenada, para un determinado sistema social, de acuerdo con la teoría finalista, debe estar siempre en función a sus valores y normas éticas que le sirven de base para mantener el orden y la convivencia armónica entre sus miembros.

Por otro lado, respecto al objetivo, esta teoría no buscó explicar las causas por las que se producían los delitos; ni siquiera la acción final de la que parte esta teoría es un conocimiento descubierto por ella misma. Lo que buscó esta teoría, en esencia, fue restringir las acciones que podían dar origen a un delito. Hasta el punto de que no todas las acciones voluntarias sean sancionadas penalmente –como sucedió gracias a la teoría clásica-, sino solo las que partan de una finalidad que permita a quien la ejecuta prever las consecuencias de sus actos.

En síntesis, la teoría finalista se apoyó en la psicología e incorporó los valores morales de su tiempo y mantuvo el mismo objetivo de la teoría clásica, es decir, luchar contra la criminalidad o actos que dañan gravemente los valores sociales, normas morales y, por consiguiente, los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal.

Resumiendo lo analizado hasta aquí, cabría afirmar que la teoría finalista es un producto tecnológico porque reúne las características de un producto tecnológico.

4.2.3. TEORÍA RACIONAL-FINAL O TELEOLÓGICA.

Por último, tenemos, dentro de las teorías del delito más relevantes, a la teoría racional-final o teleológica (funcional). Sobre la que “aproximadamente desde 1970 se han efectuado intentos muy discutidos por desarrollarla” (Roxin, 1997, pág. 203).

Los defensores de esta orientación están de acuerdo —con muchas diferencias en lo demás— en rechazar el punto de partida del sistema finalista y parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídico penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal. (Roxin, 1997, pág. 203)

Tal vez, esta hipótesis de la que parte la teoría teleológica (funcional) pone en duda lo avanzado y la importancia que parecía tener la ciencia dentro de las teorías analizadas; sin embargo, si bien esta teoría señala que el sistema jurídico penal, y por consiguiente el delito, no debe vincularse a realidades ontológicas, o en otras palabras, no debe apoyarse en la ciencia, sino en los valores o fines del derecho penal, no señala que los valores o los fines valiosos dentro de una sociedad no puedan fundarse o apoyarse en la ciencia. Porque ¿qué son los valores? Los valores son propiedades relacionales que adjudicamos en ciertas ocasiones a cosas, actos o ideas en relación con determinados desideratas (Bunge, 1997). En otras palabras, los valores son relaciones entre objetos, por una parte, y sujetos evaluadores por la otra. Si algo es valioso, lo es para alguna unidad social U, en algún respecto R, en alguna circunstancia C, y con un conocimiento de fondo K. Nada es valioso a secas ni bueno en sí mismo: no hay valores ni bienes intrínsecos y absolutos (Bunge, 1997).

Entonces, no es cierto que la teoría del delito no deba vincularse a realidades ontológicas previas ni mucho menos que la teoría teleológica no se vincule en algún conocimiento como, en este caso, el científico; ya que los valores del derecho penal siempre son el resultado de un proceso en el que las circunstancias, el conocimiento de ella, y otros conocimientos, hacen que apreciemos o valoremos algunas cosas más que otras. Por ejemplo, en una sociedad donde reina la inseguridad, será normal que no se valore mucho el principio de subsidiariedad como si se hace en muchos otros lugares, en donde a la inseguridad -en cierta medida- se la tiene controlada.

En síntesis, la teoría teleológica también le da cabida dentro de sus planteamientos al conocimiento producido por la ciencia. Claro que no de forma manifiesta o evidente, ya que de acuerdo con esta teoría, las conductas sancionadas por el derecho penal ya no dependen de la conducta final o del modo como actuamos cuando nos encaminamos hacia un fin, sino de los fines del derecho penal, que depende del grupo social que los respalda, de las circunstancias y –aquí lo más importante, aunque no siempre- de un determinado fondo de conocimientos. Es decir las conductas sancionadas dependerán de los fines político-criminales que se elijan según lo amerite la situación.

Otra característica importante, es el evidente contenido moral que presenta esta teoría del delito. Este contenido moral se desprende, primero, de la hipótesis de que la teoría del delito no puede vincularse a realidades ontológicas previas, sino que únicamente puede guiarse por los fines o valores del derecho penal; que en el peor de los casos tiene un buen contenido moral. Y, segundo, del análisis efectuado a éste teoría en particular, que lleva a sintetizar que el sistema jurídico penal se encuentra marcado de valoraciones políticocriminales, que deben ser el deber ser del delito y de todo el sistema jurídico penal. Por lo que, estando a lo señalado, se haría mal en señalar que esta teoría se encuentra exenta de contenido moral.

Si bien hasta aquí todo apunta a que la teoría teleológica del delito es un producto tecnológico, lo mejor que se puede hacer es continuar con el análisis y verificar cuál fue el propósito o fin de esta teoría.

El postulado e innovación de la teoría teleológica (funcional) que muestra que esta teoría tuvo un objetivo compatible con la tecnología social, es la ampliación de la categoría de la culpabilidad –elemento del delito- a la categoría de la responsabilidad.

Para las anteriores teorías del delito una conducta para ser penada o sancionada por el derecho penal tenía necesariamente que llegar hasta el estrato de la culpabilidad. En otras palabras, si la conducta típica, antijurídica del agente no era reprochable o culpable (por trastornos mentales o por un error de prohibición invencible), el Estado no tenía por qué intervenir.

En cambio, para la teoría teleológica –y esto se desprende del análisis efectuado-, “aunque falte la culpabilidad, es perfectamente posible imponer una medida de seguridad si el sujeto como consecuencia de su estado es peligroso para la colectividad” (Roxin, 1997, pág. 42). Un ejemplo de esto sería el caso del asesino enfermo mental, a quien si bien no se le puede castigar al faltar la culpabilidad, y por consiguiente debe ser absuelto de la acusación de haber cometido un delito de homicidio, sí se le pueda imponer una medida de seguridad de internamiento en un hospital psiquiátrico; toda vez que, “político-criminalmente las medidas se basan en que la pena debido a su vinculación a la culpabilidad sólo puede cumplir insuficientemente la misión de protección de la sociedad” (Roxin, 1997, pág. 43).

De esta innovación o transformación, que presenta la teoría teleológica del delito de Roxin, se desprende que lo que se buscó con esta ampliación de la culpabilidad a la categoría de la responsabilidad no fue explicar o comprender un poco mejor las conductas

delictivas sino, brindar una solución a un problema que lamentablemente había estado pasando desapercibido a los ojos de las anteriores teorías del delito.

Así que, en síntesis, queda confirmado que la teoría teleológica (funcional) del delito –que parecía ser una teoría distinta a las anteriores- también reúne las características de un producto tecnológico.

En resumen, y refiriéndome a las tres teorías, el Derecho penal sólo dice qué conducta está prohibida como criminal y con qué penas o medidas se la conmina. Pero este conocimiento lo aprovechará poco quien no sepa con qué requisitos se pueda llevar a cabo una pretensión penal estatal, o según qué puntos de vista debe determinarse una eventual pena, cómo debe cumplirse, en donde radican las causas reales de la criminalidad y cómo se puede reconducir lo más posible al delincuente al camino de la legalidad (Roxin, 1997).

4.3. EL NEOCONSTITUCIONALISMO.

Otra de las teorías que se ha analizado, es la teoría neoconstitucionalista, a la que se ha calificado como una de las teorías que ha reivindicado muchas de las ideas del iusnaturalismo.

Aunque el término neoconstitucionalismo, según Pozzolo (2011), se haya usado a veces como un cajón de sastre para referirse, de un lado, a algo ya conocido: el constitucionalismo europeo contemporáneo o constitucionalismo de la segunda posguerra, y de otro, para enmarcar las ideas de autores de variadas tendencias que incluso defienden posiciones incompatibles entre sí, hasta el punto de ser difícil hablar de una versión estándar de neoconstitucionalismo, que sintetice lo acaecido en tantos países

durante tantos años, a fin de tener un objeto claro de análisis, nos hemos remitido a analizar solo la versión más compartida del neoconstitucionalismo.

Si bien la versión más compartida del neoconstitucionalismo no es una teoría que se haya apoyado en la ciencia de forma directa -como sí ha sucedido con las otras teorías del Derecho- es una teoría que tiene un enorme contenido moral e ideológico.

El contenido moral que se aprecia en el neoconstitucionalismo, a diferencia de las otras teorías construidas en el Derecho, es mucho más grande, intenso y directo; pues, las otras teorías no positivizan la moral en sí misma o no la convierten en norma jurídica. En otras palabras, en las otras teorías la moral solo es el apoyo de la teoría o del sistema jurídico, mientras que en el neoconstitucionalismo además es el eje de la tesis.

El neoconstitucionalismo se apoya y positiviza -implícitamente- las siguientes normas morales: a) los derechos fundamentales de todos los seres humanos –en abstracto- valen o pesan lo mismo (señalar lo contrario es inmoral o contrario a la norma suprema) y b) es contrario a la norma suprema -e inmoral- aquella norma jurídica o acto, por más respaldado que tenga de la mayoría de los ciudadanos, que restrinja un derecho fundamental o la vacíe de su contenido esencial (intangibilidad de los derechos fundamentales).

Uno de los postulados analizados que nos ha llevado a extraer las normas morales inmersas en la tesis neoconstitucionalista, es aquel que señala que el sistema jurídico – sobre todo el sistema constitucional- no está compuesto solo de reglas sino también de principios (dentro de los que estarían los derechos fundamentales). ¿Cuál es la diferencia entre éstas dos? Las reglas al ser “normas que obligan, prohíben o permiten algo en forma definitiva” (Robert, 2010, pág. 20), su aplicación estaría condicionada a la realización del hecho jurídico hipotético –o supuesto de hecho de la regla-, que se determina por medio

del juicio de subsunción; mientras que los principios al ser “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas” (Robert, 2010, pág. 20), su aplicación estaría condicionada a la determinación de los principios que entran en conflicto en un caso concreto y a la solución del conflicto por medio del principio de proporcionalidad; que comprende el subprincipio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Pues, según la tesis mayoritaria, la optimización de un principio y la correspondiente restricción de otro principio necesariamente dependería de las posibilidades fácticas, que se determina por medio de los exámenes de idoneidad y necesidad, y jurídicas, que se determina por medio de la ley de ponderación, en un caso concreto (Robert, 2010). De esta clara diferencia entre un principio (o derecho fundamental) y una simple regla jurídica (que fácilmente puede ser reformado así como brindar diferentes valores a diferentes derechos), es de donde se ha extraído las normas morales señaladas líneas arriba. Y es que según este postulado, solo en un caso concreto -por las circunstancias que concurren- podría afirmarse que uno de los principios vale más que otro; asimismo, el límite o marco no sería la voluntad de la mayoría sino lo establecido en la carta magna.

En resumen, la moral no solo ha sido la base sobre la que se edificó el neoconstitucionalismo, sino también ha sido la base que sostiene la tesis de los derechos fundamentales; ya que la famosa ley de ponderación no tendría sentido si la tesis neoconstitucionalista no partiera de las siguientes premisas morales: “todos los derechos valen o pesan lo mismo”, “los derechos fundamentales tienen un núcleo o zona intangible (o invulnerable a la voluntad de la mayoría)”.

Por otro lado, esta teoría también presenta un contenido ideológico que se desprende de la tesis de los derechos fundamentales, que esta teoría ha ido desarrollando y consolidando, hasta el punto de convertirlos en derechos de aplicación directa y de una

capacidad de irradiación que abarca todo el sistema jurídico. Puesto que, en una sociedad o gobierno anarquista los derechos fundamentales –en abstracto- no pesan lo mismo, como sí para la teoría neoconstitucionalista, ya que en este tipo de sociedades la igualdad siempre está por encima de la libertad y de otros derechos; de la misma forma, en una sociedad extremadamente liberal la libertad –si bien no siempre explícitamente- no vale lo mismo que la igualdad sino en este tipo de sociedades está se encuentra por encima del derecho a la igualdad y de otros derechos.

Partiendo de la premisa anterior, el neoconstitucionalismo al colocar los derechos fundamentales en un mismo nivel, es decir, ninguno por encima de otro, asume una postura ideológica distante de la anarquista y de otras formas ideológicas, más bien cercano a la democracia. Sin embargo, si bien se trata de una ideología clara y precisa, no es susceptible de ser subsumida en alguna de las ideologías con etiqueta determinada.

Entre las características o aspectos que configuran la ideología en que se sustenta el neoconstitucionalismo, se encuentran: a) tutelar tanto los intereses individuales como colectivos, b) dar a los derechos fundamentales un mismo valor, c) proteger a las personas de sus posibles malas decisiones, a través de la intangibilidad del núcleo esencial de los derechos fundamentales y d) aceptar que el límite de la autonomía de una sociedad no reside en el poder legislativo ni en lo que decida la mayoría, reside en los valores establecidos en la carta magna.

Finalmente, en cuanto al objetivo o propósito de esta teoría, cabe señalar que el neoconstitucionalismo a diferencia del constitucionalismo, que señalaba que la Constitución debía limitarse a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, postula que la constitución además del objetivo tradicional –que más era un rol pasivo- busca a través de los valores o principios constitucionales marcar el sendero por el cual

una determinada sociedad debe transitar para alcanzar ciertos fines. Esta inferencia, que emerge de los argumentos o postulados neo-constitucionales, es compartida por Pozzolo; ya que para la autora Italiana, la noción de constitución que postula el neoconstitucionalismo se identifica con el modelo preceptivo de la Constitución como deber ser. Puesto que lo característico del modelo preceptivo, según Pozzolo (2011), es el uso de una noción de Constitución fuertemente sustanciada: en definida, no más una Constitución como límite, sino una Constitución como objetivo; no más una Constitución-garantía, sino una constitución como camino (*costituzione-indirizzo*). No por nada, Prieto Sanchís (Pozzolo, 2011) sostuvo que el neoconstitucionalismo es una forma política inédita en el continente europeo.

Según Carbonell, “ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991” (Carbonell, 2009, pág. 10).

Es decir, el neoconstitucionalismo no es una teoría que solo busque consolidar la constitución como norma suprema y garantizar por medio de ella los derechos fundamentales, sino que busca también por dicho medio establecer un modelo o forma de desarrollo y señalar los valores que guiarán hacia ese horizonte; pues “los seres humanos por naturaleza no nacen con derechos humanos como tampoco nacen vestidos” (Sen, 2013, pág. 277).

Si bien en la construcción de la teoría neoconstitucionalista, tal como se ha señalado a un inicio, no se advierte un apoyo efectivo en la ciencia, la ley de ponderación –postulado de esta teoría– pone en evidencia que esta famosa ley sería susceptible de fundarse en la ciencia.

En resumen, esta teoría presenta un enorme contenido moral e ideológico así como no tiene por fin conocer o explicar algo (que es necesario para que un saber sea una ciencia). Por tanto, cabría indicar que la teoría neoconstitucionalista reúne todas las características de un producto tecnológico; con la única atingencia, que su apoyo en la ciencia sería de un modo directo y efectivo.

4.4. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.

A fines de los 80 por influjo de la caída del muro de Berlín y el desmantelamiento de la Unión Soviética, y en Latinoamérica por la adopción de las formulas del consenso de Washintong, se empieza a recobrar las ideas liberales tal y como fueron propuestas en el primer liberalismo: apertura de mercados, desregulación, etc. ideas que terminan por expandirse en el actual contexto de “globalización económica” o mercado global. Los noventa fue la década en la cual el poder de EE.UU. (consecuentemente, su derecho) se volvieron de líderes a hegemónicos. Así el modelo estadounidense se convirtió en el principal exportador de instituciones jurídicas, asentando el análisis económico del Derecho e insertando estas tendencias en América Latina e incluso en Europa (Merino, 2016, pág. 158).

Según Merino, el Perú no ha sido ajeno a la *Americanización*, importada por jóvenes abogados que hicieron estudios en Estados Unidos o se encuentran extremadamente influenciados por dicho modelo, especialmente por el análisis económico de derecho de la vertiente de Chicago, escuela caracterizada por la ortodoxia metodológica e ideológica de los economistas que pertenecen a ella.

Esta teoría surge tras la publicación en 1960 del artículo de Ronald Coase, *El problema del costo social*, en el que básicamente sienta las bases de la teoría económica de los derechos de propiedad, y no solo eso, también extendiéndose un análisis novedoso

a otras áreas del derecho. Un año después, Guido Calabresi, publica *Algunas ideas sobre la distribución de riesgos y el derecho de daños*, artículo en el que por primera vez se aplica un análisis económico al derecho de la responsabilidad civil, siendo uno de los terrenos de mayor trabajo del AED, básicamente sobre accidentes y responsabilidad civil. Posteriormente, Gary Becker, en su trabajo titulado *Delito y Castigo* aplica, desde un enfoque económico, la teoría de la elección racional a las normas punitivas, exponiendo, además, las implicaciones económicas de los delitos y presentando estudio psicológico del comportamiento de los delincuentes.

¿Qué es el AED? Calabresi (2011) afirma:

El análisis Económico del Derecho consiste en usar teorías económicas para analizar, criticar o confirmar doctrinas legales existentes. Toma a la Economía como dada y le pregunta que nos puede decir acerca de las reglas legales. Por el contrario, hacer Derecho y Economía o Law & Economics es tomar como punto de partida el Derecho. Así, el abogado institucionalista, mira al mundo real del Derecho y se pregunta si la Economía puede explicar ese mundo, y cuando, como suele suceder, no puede hacerlo, el abogado –ahora un abogado economista- antes de asumir que el mundo real está mal o que es irracional, se pregunta si la teoría económica puede alterarse, o expandirse, de manera que siga siendo correcta dentro de la disciplina económica, pero permitiéndole entender y explicar de manera más profunda las normas legales, el real mundo legal que es analizado. (pág. 14)

Es decir el AED no pretende formular la economía aplicada al derecho sino expandir el espectro de análisis sobre las investigaciones jurídicas y es allí donde subyace la relación entre economía y derecho.

Se trata, dice Bullard (2002), de una metodología o, más concretamente, de la aplicación del método económico para entender a las instituciones jurídicas.

Por otro lado, Roger Merino (2016), afirma que:

El Análisis Económico del Derecho o el enfoque “Derecho y Economía”, en todas sus vertientes, plantea una profunda interrelación entre la disciplina jurídica y economía mediante una análisis de las consecuencias jurídicas de las decisiones legales, la racionalidad económica de esas decisiones y el rol de la economía en la elaboración de leyes y políticas. (pág. 67)

Sentadas estas bases, se puede aseverar que el AED es una teoría que pretende aplicar una metodología que evalúa el conocimiento jurídico, es decir, las normas, sus implicaciones y crea parámetros de calificación utilizando herramientas de la ciencia económica. No es, simplemente, un sistema de hipótesis. El AED aparece como un movimiento intelectual en las universidades norteamericanas en el que, a partir de trabajos innovadores que tomaban la aplicación y metodología del análisis de los precios a las ciencias sociales en general, ha generado gran interés en nuestra tradición legal continental.

Así, lo que se plantea en realidad es un “Derecho como Economía”, donde el derecho observado como un medio que sirve para alcanzar fines de eficacia económica pero que a su vez intercambiables en términos de eficiencia (Merino, 2016).

Las premisas principales de esta teoría esta fundamentadas en tres conceptos, a saber: 1) Racionalidad, 2) Equilibrio y 3) Eficiencia; a continuación presentamos las mismas, de acuerdo con Roger Merino (2016):

- 1) Todos los actores en el mercado son racionales: la empresa maximiza ganancias y el consumidor maximiza utilidad, y la única diferencia entre ambos es que la empresa tiene más información que el consumidor.
- 2) Como todos somos iguales, la asimetría informativa se soluciona con deberes de información: si la empresa proporciona información relevante, el consumidor podrá elegir racionalmente lo que más le conviene.
- 3) La consecuencia es el equilibrio en el mercado: las elecciones racionales que premian a las empresas más eficientes e innovadoras llevan de manera armónica el equilibrio general, es decir una situación de mercado competitivo. (pág. 69)

Estas premisas, han sido desarrolladas en la Economía, por la escuela Neoclásica, influidas por la escuela de Chicago y la escuela austriaca, y con el AED son aplicadas en la forma de legislación de las leyes como en la manera de tomar una decisión para resolver un conflicto intersubjetivo de intereses.

Así podemos apreciar que esta forma de entender el Derecho, está influida profundamente por la corriente liberal, del libre mercado, esto podemos comprobarlo con lo que dice Posner (2005): “El movimiento de desregulación y el aumento del respeto por la ideología de libre mercado, en general, le deben algo, si no mucho, al movimiento del Análisis Económico del Derecho”. (pág. 10)

Se hace mucho énfasis en la eficiencia y la libertad; en tanto haya libertad se afirma la eficiencia, por lo que se debe poner énfasis en la protección del individuo, por lo que se llega a afirmar que “En cualquier caso, las mejores leyes correctas combinan libertad y eficiencia de Pareto” (Cooter, 2002, pág. 153).

El parámetro de la eficiencia se funda primigeniamente en el clásico Óptimo de Pareto. En términos sencillos este criterio implica que “Un movimiento de una situación

a otra constituye una mejora del bienestar social si no se reduce el bienestar individual y si al menos mejora la situación de un individuo”. De esta manera, el “criterio se funda en que el individuo es el mejor juez de su propio bienestar y que el bienestar de la sociedad depende del bienestar de los individuos que la componen” (Torres, 1987, pág. 32).

Después de que la crisis financiera mundial puso en el tapete el cinismo del discurso economicista ortodoxo. Por un lado se auspicia la suficiencia del mercado, la santidad del contrato y de las instituciones que nacen de la génesis de la autorregulación, y por otro, cuando dicho mercado comienza a autodestruirse (afectando a los actores poderosos que auspiciaron dicha filosofía), entonces es necesario que el credo sea parcialmente revisado y se recurra al Estado. Así el cinismo es latente cuando los discursos economicistas alegan la importancia de la incidencia de lo privado autónomamente e independientemente considerado en lo público (mediante la mano invisible), y la necesidad de que lo público no ingrese a lo privado sino mediante (y únicamente) el sistema impositivo; pero cuando el problema en lo privado es de los poderosos y se logra chantajear al resto de los particulares menos afortunados con una catástrofe económica, solo en ese momento se acepta la incidencia de lo público en lo privado para salvaguardar dichos intereses (Merino, 2016).

Por lo que podemos afirmar que, sin duda, esta corriente está influenciada por la economía, para ser más precisos, por la escuela neoclásica. Y por tanto tiene un componente ideológico (neoliberalismo), y está sustentada en la libertad y eficiencia. Asimismo, se debe resaltar que la finalidad de esta teoría es el que se tomen decisiones eficaces, en tanto lo que se pretende es regular de manera eficaz; por otro lado no solo pretende ingresar en el derecho privado (en cuanto relaciones económicas) sino que también en el aspecto público.

Todo lo indicado hasta aquí se resume en el siguiente cuadro.

Cuadro 1: Las características de la Tecnología Social que el AED cumple.

Las características de la Tecnología Social que el AED reúne	
Características de la Tecnología Social	Análisis Económico del Derecho
Se apoya en el conocimiento científico	Se apoyó en la economía, siendo más precisos en la escuela neoclásica de la economía.
Tiene un contenido moral y/o ideológico	Se fundó en valores como la libertad y la eficiencia; así como en la ideología neoclásica.
Busca transformar o controlar procesos sociales	Buscó que el Derecho sea económicamente más eficiente.

Fuente: Elaboración propia.

CONCLUSIONES

A continuación presentamos las conclusiones a las que se ha arribado:

1. Se ha determinado que el conocimiento producido en el Derecho (como son: la teoría voluntarista del negocio jurídico, la teoría preceptiva del negocio jurídico, la teoría normativa del negocio jurídico, la teoría causalista del delito, teoría finalista del delito, teoría teleológica del delito, la teoría del análisis económico del Derecho y la teoría neoconstitucionalista) se apoya en el conocimiento científico, tiene un contenido moral y/o ideológico, y busca transformar o controlar los procesos sociales.
 - a) Las teorías del negocio jurídico se apoyaron en la psicología voluntarista (la teoría voluntarista), en la sociología y economía (la teoría preceptiva y normativa); se sustentaron en valores como la libertad e igualdad y compatible con en el liberalismo (la teoría voluntarista), en la solidaridad – cooperación (con cierto apego al fascismo - Teoría preceptiva) y en la libertad individual y respeto a la sociedad (compatible con un estado de bienestar – democrático) (la teoría normativa); así como, fueron diseñadas para determinar cuándo nos encontramos frente a un negocio jurídico, es decir nos indican los requisitos para determinar si una operación económica es o no un negocio jurídico, a fin de adquirir protección jurídica, en otras palabras, cumplen una función fundamentalmente normativa (que se traduce en transformar o controlar las operaciones económicas, los problemas y las desigualdades que existe en el tráfico económico).
 - b) Las teorías del delito se apoyan en: el naturalismo propio de la historia del pensamiento de comienzos del siglo XIX (la teoría causalista), en la psicología del pensamiento (la teoría finalista), y en la criminología (la teoría

teleológica); se sustentaron en las normas éticas y valores morales de su época (la teoría causalista y finalista) y en los valores y fines políticocriminales -por ejemplo: el principio de última ratio- (la teoría teleológica); así como, buscaron transformar o controlar (o luchar contra) los actos que dañaban gravemente los valores morales, es decir los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal (teoría causalista) y los actos criminales (la teoría final y teleológica).

- c) La teoría neoconstitucionalista no tuvo un apoyo efectivo o directo en la ciencia, pues solo la ley de ponderación pone en evidencia que esta teoría sería susceptible de fundarse en la ciencia; se apoyó en las siguientes normas morales: a) los derechos fundamentales de todos los seres humanos –en abstracto- valen o pesan lo mismo (señalar lo contrario es inmoral o contrario a la norma suprema) y b) es contrario a la norma suprema -e inmoral- aquella norma jurídica o acto, por más respaldado que tenga de la mayoría de los ciudadanos, que restrinja un derecho fundamental o la vacíe de su contenido esencial (intangibilidad de los derechos fundamentales); dentro de las características o aspectos que configuran la ideología de ésta teoría, se encuentran: a) tutelar tanto los intereses individuales como colectivos, b) dar a los derechos fundamentales un mismo valor, c) proteger a las personas de sus posibles malas decisiones, a través de la intangibilidad del núcleo esencial de los derechos fundamentales y d) aceptar que el límite de la autonomía de una sociedad no reside en el poder legislativo ni en lo que decida la mayoría, reside en los valores establecidos en la carta magna; finalmente, el neoconstitucionalismo no ha sido una teoría que solo busca consolidar la constitución como norma suprema y garantizar por medio de ella los derechos

fundamentales, sino que busca también por dicho medio establecer, ya sea controlando o transformando, un modelo o forma de desarrollo social y señalar los valores que guiarán hacia ese horizonte.

d) El Análisis Económico del Derecho se apoyó en la economía (teoría neoclásica de la economía), se sustentó en el valor de la libertad, y buscó la influencia de la economía sobre el Derecho para que los controles o transformaciones (o soluciones) que plantee el Derecho sean económicamente eficientes.

2. En consecuencia, siendo que la hipótesis del trabajo de investigación fue la siguiente: “Dado que el derecho se apoya en el conocimiento científico, tiene un contenido moral y/o ideológico, y busca transformar o controlar procesos sociales; entonces, el derecho, pertenece al estatus epistemológico de la tecnología Social”, cabe concluir, en líneas generales, que la hipótesis ha sido confirmada.

SUGERENCIAS

1. Los legisladores, los juristas y, gracias al paradigma neoconstitucionalista, los Jueces de nuestro Tribunal Constitucional; hoy más que nunca, tienen sobre su mesa de trabajo los aspectos y problemas más importantes de nuestra vida diaria no para explicarlos o conocerlos mejor sino para controlarlos o resolverlos. En ese sentido, los legisladores, juristas y los jueces del Tribunal Constitucional cuando planteen diseños de control o reforma no deben olvidar apoyarse en la ciencia.
2. Estado a que la tecnología social no se reduce a plantear soluciones o mecanismos de solución sino que también implica una actividad investigativa, se sugiere que las soluciones que se planteen para acabar o controlar la delincuencia, la contaminación, la desigualdad económica, etc. no sean consecuencia de la mera especulación, sino consecuencia de una verdadera investigación semejante a la científica.
3. Sugerimos realizar un uso justificado de los términos “ciencia” y “tecnología”, de acuerdo a las actualizaciones en la Filosofía de la ciencia; puesto que el uso indiscriminado de tales términos trae confusiones dentro de la actividad investigativa así como consecuencias negativas en la práctica.

4. Los centros de formación de abogados deben considerar dentro de su malla curricular el estudio de las Tecnologías Sociales, asimismo, resaltar la importancia de la investigación tecnológica.
5. Por último, siendo conscientes de que la solución de un problema social requiere más que solo tecnología social, ya que un problema no se puede solucionar si no es primero conociendo las causas de dicho problema; los científicos sociales (como los sociólogos, psicólogos, etc.) deben cooperar y trabajar de la mano con los legisladores, juristas, jueces del Tribunal Constitucional, etc. para que de esa forma se pueda luchar eficaz y eficientemente contra los problemas sociales y así tener un mundo mejor.

BIBLIOGRAFÍA

- Alchourrón, C. E., & Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Buenos Aires: Astrea.
- Andrade, G. (2013). *El Posmodernismo ¡Vaya timo!* Pamplona: Laetoli.
- Barrera, S. (15 de Junio de 2017). No es un molino de tiempo: Reflexiones entorno al posmodernismo.
- Betti, E. (1945). A proposito di una revisione del Codice Civile. *Revista di Diritto Commerciale e diritto generale delle obbligazioni*, 20-22.
- Betti, E. (2000). *Teoria general del negocio juridico*. Granada: Editorial Comares.
- Betti, E. (2001). Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico. En L. Leon, *Teoría general del negocio jurídico. 4 estudios fundamentales* (págs. 31-74). Lima: Ara Editores.
- Bobbio, N. (1990). *Contribución a la teoría del Derecho*. (A. R. Miguel, Ed.) Madrid: Debate.
- Bullard, A. (2002). Esquizofrenia jurídica. El impacto del Análisis Económico del Derecho en el Perú. *Themis-Revista de Derecho*(44), 17-35.
- Bunge, M. (1982). *Epistemología*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales.
- Bunge, M. (1997). *Ética, Ciencia y Técnica* (Segunda ed.). Buenos Aires: Sudamericana.
- Bunge, M. (1999). *Buscar la Filosofía en las Ciencias Sociales*. México: Siglo XXI Editores.
- Bunge, M. (2002). *Epistemología* (Tercera ed.). México: Siglo XXI Editores.
- Bunge, M. (2004). *La investigación científica, su estrategia y su filosofía*. Coyoacan: Siglo veintuno editores.

- Bunge, M. (2005). *Diccionario de filosofía* (Tercera ed.). (M. D. Rodríguez, Trad.) Buenos Aires: Siglo XXI editores.
- Bunge, M. (2007). *Una Filosofía Realista para el Nuevo Milenio* (Segunda ed.). Lima: Fondo Editorial de la UIGV.
- Bunge, M. (2009). *Filosofía Política*. (R. González del Solar, Trad.) Barcelona: Gedisa.
- Bunge, M. (2010). *Las pseudociencias ¡Vaya timo!* Pamplona: Laetoli.
- Bunge, M. (2012). *Filosofía de la Tecnología y otros Ensayos* (Primera ed.). Lima: Fondo Editorial de la UIGV.
- Bunge, M. (2012). *Tratado de Filosofía: Ontología II* (Vol. 4). Barcelona: Gedisa.
- Calabresi, G. (2011). *Un vistazo a la catedral. Cuando el derecho se encuentra con la economía*. Lima: Palestra Editores.
- Carbonell, M. (2009). *Teoría del Noconstitucionalismo*. Madrid: Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM.
- Cooter, R. (2002). Las mejores leyes correctas: Fundamentos axiológicos del análisis económico del Derecho. En A. Roemer, *Derecho y economía* (págs. 133-158). México: Fondo de Cultura Económica.
- De Trazegnies, F. (1993). *Postmodernidad y derecho*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis.
- Dieguez, A. (6 de Marzo de 2017). *¿Qué es ciencia y qué no lo es?* Obtenido de ¿Qué es ciencia y qué no lo es?: www.youtube.com/watch?v=TONZCRNsnaQ
- Elía, C. M. (2002). *Esquema de Derecho Penal*. (S. Soler, Trad.) Buenos Aires: Rodamillans SRL.
- Fasce, A. (20 de Junio de 2017). *La Venganza de Hipatia*. Obtenido de La venganza de Hipatia: [//lavenganzadehipatia.wordpress.com](http://lavenganzadehipatia.wordpress.com)
- Ferrater, J. (1965). *Diccionario de filosofía*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.

- Ferri, L. (2001). *La autonomía privada*. Granada: Editorial Comares.
- Galarza, D. (24 de Junio de 2016). *El esceptico de Jalisco*. Obtenido de Saber filosofía para antifilósofos: www.elescepticodejalisco.com
- González, R. (2010). Ciencia y pseudociencia: Positivo y negativo de la racionalidad científica. En M. Bunge, *Las pseudociencias ¡Vaya timo!* (págs. 23-33). Pamplona: Laetoli.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico.
- Kelsen, H. (2002). *Introducción a la teoría pura del derecho*. Lima: Asociación Peruana de Derecho Constitucional.
- Kelsen, H. (2006). *¿Una nueva ciencia de la política?* Buenos Aires: Discusiones.
- León, L. (2004). *El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*. Lima: Palestra.
- Liszt, F. V. (1994). *La idea de Fín en el Derecho Penal* (Primera ed.). México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Mahner, M. (2013). Science and Pseudoscience: How to Demarcate after the (Alleged) Demise of the Demarcation Problem? *Philosophy of Pseudoscience Reconsidering the Demarcation Problem*.
- Merino, R. (2016). *Justicia social y economía en la teoría del derecho. Las intersecciones entre el Derecho, la Economía y la Política*. Lima: Palestra Editores.
- Morales, R. (2006). *Estudios sobre teoría general del contrato*. Lima: Editora Juridica Grijley.
- Morales, R., & Leon, L. (2004). Presentación. En L. Ferri, *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil* (págs. v-xxviii). Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Mosterin, J. (2011). *Epistemología y racionalidad*. Lima: Fondo Editorial de la UIGV.

- Mosterin, J., & Torreti, R. (2002). *Diccionario de logica y filosofia de la ciencia*. Madrid: Alianza Editorial.
- Núñez, Á. (2017). *Teorias normativas de la ciencia y la dogmática jurídicas*. Lima: Palestra Editores.
- Ortega y Gasset, J. (1977). *Meditación de la técnica y otros ensayos* (Séptima ed.). Madrid: Revista de occidente.
- Posner, R. (2005). El analisis economico del derecho en el common law, en el sistema romano germanico, y en las naciones en desarrollo. *Revista de Economia y Derecho, N° 7, Lima, 7-16*.
- Pozzolo, S. (2011). *Neoconstitucionalismo y Positivismo Jurídico*. Lima: Palestra Editores.
- Quintanilla, M. Á. (2005). *Filosofía de la Tecnología* (Primera ed.). Lima: Fondo Editorial de la UIGV.
- Robert, A. (2010). *La Construcción de los Derechos Fundamentales*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Romero, G. (20 de enero de 2017). La filosofia científica. (Megazine, Entrevistador)
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General* (Primera ed., Vol. I). (D. M. Luzón Peña, J. De Vicente Remesal, & M. Díaz y García Conlledo, Trads.) Madrid: Civitas S.A.
- Russell, B. (2009). *Histotia de la filosofia*. Madrid: Coleccionables.
- Sen, A. K. (2013). *Desarrollo y Libertad*. (E. Rabasco, & L. Toharia, Trads.) Buenos Aires: Planeta Argentina, S.A.I.C.
- Taboada, L. (2002). *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Lima: Editora Juridicab Grijley.

Tamayo y Tamayo, M. (2003). *El proceso de la Investigación Científica* (Cuarta ed.).

México D.F.: Editorial Limusa, S.A. de C.V. Grupo Noriega Editores.

Torres, J. (1987). *Análisis económico del Derecho. Panorama doctrinal*. Madrid: Tecnos.

Vidal, F. (2007). *El Acto Jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica.

Welzel , H. (2004). *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*. (J. Cerezo Mir, Trad.)

Montevideo-Buenos Aires: B de F Ltda.