



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

Más espacio, más dimensiones. Hacia un objeto de estudio más amplio de la Teoría General del Proceso

Sergio Pulido Jiménez

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá D.C., Colombia
2023

Más espacio, más dimensiones. Hacia un objeto de estudio más amplio de la Teoría General del Proceso

Sergio Pulido Jiménez

Tesis o trabajo de investigación presentada(o) como requisito parcial para optar al título
de:

Magíster en Derecho con profundización en Derecho Procesal

Director:

Ph.D. Héctor Enrique Quiroga Cubillos

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá D.C., Colombia
2023

A la memoria de mi gran maestro: Marcel Silva Romero, quien me introdujo por primera vez y para siempre al mundo del derecho procesal y de su teoría. Al profesor Andrés Alonso Morales Velásquez, a quien le debo mi acercamiento a la teoría del Derecho en general, y en particular a la teoría analítica.

Resumen

Más espacio, más dimensiones. Hacia un objeto de estudio más amplio de la Teoría General del Proceso

El presente trabajo final de maestría plantea algunos criterios para redefinir la Teoría General del Proceso, su objeto de estudio y metodologías, para que, por una parte, la teoría procesal de cuenta de espacialidades distintas a la del Estado-nación; y, por otra, para que la teoría procesal se enfoque en dimensiones analíticas, normativas y empíricas.

Palabras clave: Teoría General del Proceso, Teoría del Derecho, redefiniciones, metaética, epistemología.

Abstract

More spaces, more dimensions. Towards a broader object of study of General Process Theory

The present final work of master proposes some criteria to redefine the General Theory of the Process, its object of study and methodologies, so that, on the one hand, the procedural theory of account of spatialities other than that of the State-and, on the other hand, for procedural theory to focus on analytical, normative and empirical dimensions.

Keywords: General Theory of Process, Theory of Law, redefinitions, metaethics, epistemology.

Contenido

	Pág.
Resumen	VII
Lista de figuras	XII
Lista de tablas	XIII
Lista de Símbolos y abreviaturas	XIV
Introducción	1
1. Aclaraciones preliminares	7
1.1 ¿Qué no es esta investigación?	7
1.2 ¿Qué sí es esta investigación?	8
1.2.1 Las definiciones y las redefiniciones: bases para una redefinición de la TGP .	9
1.2.2 La meta-teoría procesal: discursos, enunciados y enfoques meta-teóricos ...	12
2. La Teoría Jurídica y del Derecho	19
2.1 Concepto de teoría jurídica	19
2.1.1 Dogmática Jurídica, Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho	20
2.1.2 La teoría del Derecho	31
2.2 Objeto de estudio de la Teoría Jurídica.....	33
2.3 Historia de la Teoría Jurídica.....	35
2.3.1 Paradigmas del Derecho	35
2.3.2 Breve historia de los paradigmas jurídicos	58
2.3.3 Escuelas del Derecho	58
2.3.4 Cartografía a pequeña escala de las Escuelas del Derecho	59
2.4 Enfoques metodológicos de la Teoría del Derecho.....	67
2.5 Dimensiones de la Teoría Jurídica	68
2.6 La Teoría Analítica del Derecho	70
2.7 La jurisprudencia de conceptos y la tradición analítica del Derecho.....	76
2.8 Conclusiones	79
3. La Teoría General del Proceso (TGP)	81
3.1 Concepto de TGP	81
3.2 Historia de la TGP	82
3.3 La herencia germánica	84
3.4 Tipos de teoría procesal	97
3.4.1 Teoría conceptualista.....	98
3.4.2 Teoría sociológica y comparada	99
3.4.3 Teoría de los confines.....	100

3.4.4	Teoría neoconstitucional.....	102
3.4.5	Nuevas posibilidades teóricas	103
3.5	TGP predominante en Colombia.....	104
3.6	Problemas internos de la TGP predominante en Colombia	111
3.6.1	Grado de generalidad	111
3.6.2	Dogmática y teoría.....	111
3.6.3	El proceso como objeto de estudio.....	112
3.7	Problemas externos de la TGP predominante en Colombia	115
3.8	Conclusiones.....	115
4.	Desafíos contemporáneos a la Teoría General del Derecho y a la TGP	119
5.	Hacia una TGP	121
5.1	Tensiones en la reflexión teórica.....	121
5.2	Enfoques sobre la realidad, el conocimiento y la verdad	122
5.2.1	La realidad	122
5.2.2	El conocimiento	124
5.2.3	La verdad.....	125
5.3	La TGP en el marco de las tensiones y enfoques.....	128
6.	Las distintas espacialidades en el Derecho: pluralismo jurídico	131
6.1	¿Qué es el pluralismo jurídico?.....	132
6.2	Clases de pluralismo jurídico	132
6.2.1	Pluralismo jurídico débil, legalista o clásico.....	133
6.2.2	Pluralismo jurídico fuerte, profundo o nuevo	133
6.3	Breve historia del pluralismo jurídico.....	134
6.3.1	El pluralismo jurídico clásico.....	134
6.3.2	El nuevo pluralismo jurídico.....	138
6.3.3	El pluralismo jurídico avanzado centrado en la autopoiesis y la teoría de sistemas	142
6.4	Bases epistemológicas del pluralismo jurídico.....	152
6.5	El pluralismo jurídico y el concepto de Derecho	155
6.6	La cartografía jurídica, las escalas espaciales del Derecho y la interlegalidad	172
6.7	Retomando el objeto de estudio de la TGP y el pluralismo jurídico.....	178
7.	Las dimensiones teóricas para una TGP renovada	183
7.1	Dimensión analítica de la TGP.....	183
7.2	Dimensión normativa de la TGP	185
7.2.1	Posibilidades teóricas de una dimensión normativa de la TGP.....	186
7.2.2	Presupuestos meta-éticos de la dimensión normativa de la TGP	189
7.2.3	Contenido y metodologías de la dimensión normativa de la TGP.....	197
7.3	Dimensión empírica de la TGP	200
8.	Criterios de redefinición del objeto y metodología de la TGP	205
9.	Adenda: criterios de redefinición del objeto de la TGP en la escala estatal-nacional	209
10.	A modo de conclusión	215
	Bibliografía	221

Lista de figuras

	Pág.
Figura 2-1: Niveles del discurso en el Derecho.....	22
Figura 2-2: Principales paradigmas del Derecho.....	36
Figura 5-1: Teorías de la verdad.	127

Lista de tablas

	Pág.
Tabla 2-1: Objeto de estudio de la filosofía del Derecho.....	28
Tabla 2-2: Escuelas del paradigma iusnaturalista.....	60
Tabla 2-3: Escuelas del paradigma iuspositivista.....	62
Tabla 2-4: Autores del paradigma postpositivista.....	64
Tabla 2-5: Autores del paradigma neoconstitucionalista.....	65
Tabla 2-6: Escuelas de las teorías críticas del Derecho.	65
Tabla 3-1: Principales obras de los autores de la escuela alemana del derecho procesal de segunda mitad del S. XIX.....	87
Tabla 3-2: Estructura de algunas de las principales obras de la TGP en Colombia. .	106
Tabla 6-1: Tesis del conocimiento de Susan Haack vs Boaventura de Sousa Santos. 153	
Tabla 6-2: Criterios de juridicidad según la concepción del pluralismo jurídico.	158
Tabla 6-3: Escalas espaciales del Derecho.	177
Tabla 7-1: Tipologías de la dimensión normativa de la TGP según el tipo de racionalidad y punto de vista del teórico.....	189
Tabla 7-2: Tipos de TGP normativa.	197

Lista de Símbolos y abreviaturas

Abreviaturas

Abreviatura	Término
--------------------	----------------

TGP	Teoría General del Proceso
-----	----------------------------

Introducción

La Teoría General del Proceso (en adelante TGP) en Colombia se ha convertido en una disciplina jurídica de gran relevancia. Por una parte, esto se debe a que se trata de una disciplina íntimamente vinculada al ejercicio de la profesión. Por otra, se debe a que, por regla general¹, es la puerta de entrada de los estudiantes a los procesales especiales: civil, administrativo, laboral, penal, entre otros. Es por esto que, debido a su importancia práctica y en la formación de los juristas, se trata de una disciplina relevante. Sin embargo, pese a su relevancia, poco se discute sobre cuál es y cuál debería ser su objeto de estudio.

El objeto de estudio de la TGP en Colombia presenta varios problemas desde un punto de vista interno. En primer lugar, la TGP predominante en Colombia tiende a presentarse como un Derecho Procesal Civil General, lo que pone en duda su generalidad. En otras palabras, para que una teoría del proceso sea auténticamente general, requiere trascender al proceso civil y poder dar cuenta, explicar y describir, las instituciones comunes al derecho procesal civil, laboral, administrativo, penal, entre otros. En segundo lugar, la TGP, por su especial relación con el ejercicio de la profesión, oscila entre el detalle y la técnica propia del quehacer diario de los procedimientos y la generalidad que la acerca al ámbito de la teoría jurídica. En tercer lugar, el objeto de estudio de la TGP se fundamenta, por una parte, en el estudio en sí mismo del proceso judicial, excluyendo cualquier otra clase de procedimientos; y, por otra, en las garantías constitucionales de los procesos, dentro de las cuales se encuentra el derecho al debido proceso, derecho aplicable en otros tipos de procedimientos no judiciales, ampliando así su objeto de estudio. Por último, parte del objeto de la TGP depende de la noción de proceso, que desde un punto de vista técnico depende de la noción de jurisdicción y de acción, y que, desde un punto de vista general, se entiende como método heterocompositivo de resolución de conflictos, de tal suerte que

¹ Se pone de presente que en la malla curricular de las distintas Facultades de Derecho del país, Teoría General del Proceso no es un prerrequisito para ver los procesales especiales.

el objeto de estudio de la TGP se mueve entre el límite de abordar exclusivamente el proceso judicial y el límite amplio que aborda las teorías del conflicto y los métodos de su resolución.

Ahora bien, paralelo a las problemáticas internas de la TGP predominante en Colombia, se acompañan unas problemáticas más generales que estipulativamente² denominaré como problemáticas externas y contemporáneas de la TGP³, dentro de las cuales se presentan especialmente dos: en primer lugar, comprender el derecho y los fenómenos normativos en los distintos espacios jurídicos y su interrelación (pluralismo jurídico e interlegalidad); y, en segundo lugar, abordar no solamente la dimensión analítica de la teoría del derecho, sino también, dimensiones normativas y empíricas⁴. Un ejemplo claro de la importancia de articular de una manera intercultural las distintas nociones de justicia

² De acuerdo con Luigi Ferrajoli, “los conceptos y postulados de la teoría son fruto de definiciones «estipulativas» o «asunciones», es decir, de decisiones justificadas no por los usos lingüísticos del legislador, sino por las estrategias explicativas seguidas por el propio teórico” Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 1. Teoría del derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2013, pp. 20-21. Adicionalmente, según Jack Abel Márquez Landaeta, “Las definiciones nominales, también conocidas como verbales o estipulativas, expresan símbolos en general, no busca decir qué es una cosa sino qué significa, éstas pueden dividirse en: i) Palabra-Palabra y ii) Palabra-Cosa. Las definiciones i) Palabra-Palabra, son equivalentes a las ya expuestas como signo-signo, expresan sinonimias, igualdades como $1+1 = 2$, ii) las definiciones Palabra-Cosa, como su nombre lo indica correlacionan una palabra con una cosa, también son conocidas como lexicográficas” Márquez Landaeta, Jack Abel. “La división lógica y la definición”. En: *Revista Filosofía*, núm. 27, Venezuela: Universidad de los Andes Mérida, 2016, pp. 84-114. Disponible en: <http://erevistas.saber.ula.ve/index.php/filosofia/article/view/8386/8346>, p. 103.

³ En el campo del derecho en distintas ocasiones se contraponen las nociones de interno y externo, así por ejemplo en materia de argumentación jurídica se habla de justificación interna y de justificación externa, haciendo alusión la primera al paso de las premisas a la conclusión y la segunda a la elección de las premisas; o desde el punto de vista de la identificación del derecho y su validez, H.L.A. Hart habla del punto de vista interno y del punto de vista externo del derecho, refiriéndose el primero al punto de vista de quien reconoce la regla de reconocimiento de un ordenamiento, y por el segundo, el punto de vista de quien no reconociendo la regla de reconocimiento denuncia la existencia de otras personas que la reconocen. Cfr. Atienza, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta, 2013; y H.L.A. Hart, “Regla de reconocimiento y validez jurídica” en *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, pp. 125-137, p. 128. Es así como en el campo de la Teoría General del Proceso me referiré a los problemas internos como aquellos problemas que se desprenden de la actual literatura de la Teoría General del Proceso predominante en Colombia; mientras que me referiré a los problemas externos y contemporáneos de la Teoría General del Proceso a aquellos problemas que se presentan actualmente a la teoría jurídica general y procesal en particular, como lo son las distintas dimensiones de la Teoría Jurídica y las distintas espacialidades jurídicas.

⁴ A efectos de este trabajo, se considerará por dimensión analítica, aquella que estudia el derecho desde el punto de vista interno como sistema normativo; por dimensión normativa, aquella que se preocupa por cómo debe ser el derecho; y por dimensión empírica, aquella que se enfoca en el derecho en la realidad como práctica o hecho social.

y de administración de justicia que se suscitan en distintas espacialidades jurídicas, en el contexto actual, es la Jurisdicción Especial para la Paz, que tiene una órbita de competencia nacional, pero sus decisiones deben acompañarse con la noción de justicia de las víctimas en lo local.

Estos problemas externos se derivan, en buena medida, del hecho de que la TGP sea una especie del género “teoría del derecho”. La teoría jurídica puede cumplir una función analítica, empírica y normativa, tal como se desarrollará en extenso en la sección 2.5 de este trabajo. Por su parte, la TGP como una especie de teoría jurídica centrada en el estudio de instituciones y categorías comunes a todos los procesos se ha enfocado únicamente en la primera dimensión (dimensión analítica y conceptual⁵); sin embargo, este tipo de teorías jurídicas y del proceso no dan cuenta de los dos retos contemporáneos que se le presentan a la teoría: por una parte, el espacio en el derecho, esto es, el estudio de distintos espacios jurídicos y sus relaciones (pluralismo jurídico e interlegalidad) y, por otra, las dimensiones no conceptuales de la teoría jurídica. En consecuencia, la disciplina actualmente no comprende los problemas normativos y empíricos que presentan los modelos de juzgamiento en las intersecciones entre justicia local, nacional, internacional, entre otras.

En este contexto, al valorar como insuficiente la TGP predominante en Colombia para dar cuenta de estos dos problemas externos de la teoría procesal, estimo conveniente redefinir esta disciplina, lo que conduce a una redefinición de sus objetos de estudio y de investigación; así como de sus métodos y metodologías.

⁵ En el presente trabajo se debe diferenciar: (i) teoría analítica del derecho de dimensión analítica de la teoría jurídica; y (ii) dimensión analítica de la teoría jurídica de dimensión conceptual. La teoría analítica del derecho es una escuela del pensamiento jurídico que aborda los problemas jurídicos desde enfoques de filosofía analítica; la dimensión analítica de la teoría jurídica hace alusión a aquella dimensión de la teoría jurídica que estudia el derecho desde el punto de vista interno como sistema normativo, y dimensión conceptual como aquella que se enfoque en clarificar y trabajar con conceptos jurídicos. Es así como: el objeto principal de estudio de la teoría analítica del derecho es la dimensión analítica de la teoría del derecho y, a su vez, dentro de la dimensión analítica como especie se encuentra una dimensión conceptual; en otras palabras, no todo estudio de la dimensión analítica de la teoría jurídica es conceptual, y desde mi punto de vista, los estudios de conceptos jurídicos (dimensión conceptual) hacen parte de la dimensión analítica, sin que por ello cualquier estudio conceptual sea per se un estudio de teoría jurídica analítica.

Con este propósito, la presente investigación se centra en la siguiente pregunta:

¿Cuáles son los criterios de redefinición de la TGP predominante en Colombia, sus objetos y metodologías de estudio, para que la disciplina dé cuenta de los retos que implican distintos espacios jurídicos y dimensiones no conceptuales de la teoría jurídica?

Frente a esta pregunta de investigación se sostiene la siguiente hipótesis de trabajo:

La Teoría General del Proceso predominante en Colombia no da cuenta de dos retos contemporáneos que se le presentan a la teoría jurídica: por una parte, el espacio en el Derecho, esto es, el estudio de distintos espacios jurídicos y sus relaciones (pluralismo jurídico e interlegalidad) y, por otra, las dimensiones no conceptuales de la teoría jurídica (dimensión normativa y empírica). Por lo anterior, debe redefinirse el objeto de estudio de la TGP predominante en Colombia, ampliándolo a los discursos, conceptos y categorías que permitan analizar los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos (dimensión analítica), tipos ideales de modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos, su eficiencia y eficacia (dimensión normativa) y las prácticas sociales que se presentan en la realidad en relación con los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos (dimensión empírica), todo esto en los espacios global; internacional; regional, transnacional, inter-comunal; estatal-nacional; estatal-descentralizado; paraestatal, antiestatal y de economías ilegales; y local.

Con el propósito de dar respuesta a la pregunta de investigación formulada y de verificar la validez de la hipótesis de trabajo formulada, este trabajo se divide en diez partes. En la primera, se presentarán algunas aclaraciones preliminares sobre lo que es y no es esta investigación. En la segunda, se presentarán algunos de los rasgos centrales de la teoría jurídica, su concepto, su objeto de estudio, su historia, sus enfoques metodológicos, sus dimensiones, entre otras. En la tercera, se abordará el tema de la TGP en general y la TGP predominante en Colombia en particular, y los principales problemas internos y externos que se le presentan. En la cuarta, se expondrán los principales desafíos o problemas externos que se le plantean a la TGP. En la quinta, se presentará una reflexión sobre las condiciones de posibilidad de una TGP. En la sexta, se desarrollará el problema relativo a

las distintas espacialidades del derecho. En la séptima, se abordarán las distintas dimensiones de una TGP renovada (analítica, empírica y normativa). En la octava, se expondrán los criterios a tener en cuenta para redefinir la TGP, sus objetos de estudio, su método y metodologías para dar respuesta a los desafíos y problemas externos concernientes a los espacios en el derecho y a las dimensiones no conceptuales de la teoría. En la novena, se presentan algunos criterios de redefinición del objeto de estudio de la TGP en la escala espacial del estado-nación. Y, por último, se presentarán algunas consideraciones a modo de conclusión.

1. Aclaraciones preliminares

En esta sección se presenta una aclaración sobre lo que esta investigación es y no es. Primero expondré algunos temas relacionados con esta investigación, pero que no hacen parte de su objeto ni de sus objetivos. Y, ulteriormente, presentaré algunas aclaraciones sobre lo qué es esta investigación, que anticipo: se trata de una investigación meta-teórica.

1.1 ¿Qué no es esta investigación?

A efectos de brindar mayor claridad en punto a la delimitación del problema y objeto de esta investigación, se presentan algunos temas de interés y relevancia que ameritan otras investigaciones para su desarrollo y que se enuncian en algunos apartados de este estudio; pero que, repito, no hacen parte del objeto ni objetivos de esta investigación:

- 1) La presente no es una investigación de “Historia del derecho”, aunque resulta de gran relevancia para reconstruir y deconstruir el objeto de estudio de la TGP.
- 2) El presente trabajo es de “Teoría General” no de “Teoría Universal”, por esto la descripción que se hace de la disciplina procesal representa específicamente a la teoría colombiana y latinoamericana, eventualmente a la teoría procesal de tradición de derecho civil o continental, pero no se aborda ni pretende describir otros sistemas o familias jurídicas, más que todo por desconocimiento que por falta de interés y relevancia.
- 3) El objeto de esta investigación se centra en el “Objeto de estudio de la TGP”, más no un estudio específico de alguno de estos objetos, es por esto que de forma directa no se abordarán o explicarán figuras procesales como los sujetos procesales, la demanda, la oposición, o cualquier otra.

- 4) No es una investigación de “Teorías del Estado”, aún cuando se requiera una investigación más extensa de la materia para abordar los problemas de las distintas espacialidades jurídicas, y para clarificar en la contemporaneidad cómo se relacionan: Derecho, Estado, jurisdicción, procesos judiciales y resolución de conflictos.
- 5) No es una investigación de “Teorías del Conflicto” ni de “Métodos de Resolución de Conflictos”. Por esto no se expondrán de forma detallada cada uno de estos métodos.
- 6) No se trata de una investigación de “Derecho comparado”, aun cuando en su marco teórico resulte relevante esta disciplina.
- 7) No es una investigación que permita llegar a conclusiones certeras desde el punto de vista meta-teórico y teórico respecto a la formulación de un marco analítico coherente que permita formular una “teoría de la justicia procesal”, aunque se trate de una de sus finalidades (no de sus objetivos). Se espera aportar un grano de arena en este sentido.
- 8) No se trata de un estudio sobre pedagogía; sin embargo, si se considera que cada objeto de estudio implica una forma de enseñanza diferenciada, sin lugar a dudas esta investigación abre la puerta a futuras investigaciones sobre formas de enseñanza de este nuevo objeto disciplinar.
- 9) En el presente trabajo no se investiga concretamente sobre el nuevo objeto de estudio de la TGP, ni se hace uso de los métodos y metodologías de investigación que le serían aplicables, en tanto se centre en el “Objeto de estudio general” y no en un “Objeto de estudio particular”.

1.2 ¿Qué sí es esta investigación?

La presente se trata de una investigación de meta-teoría procesal que persigue formular una redefinición de la TGP para abordar dos desafíos que se le presentan a la teoría jurídica contemporáneamente: los espacios jurídicos y las dimensiones no conceptuales de la teoría del derecho. Por esto, previo a abordar directamente los temas centrales de esta investigación, considero oportuno formular unas precisiones iniciales (i) sobre las

redefiniciones; (ii) sobre la meta-teoría jurídica en general y procesal en particular; y (iii) sobre el método de investigación de una meta-teoría procesal.

1.2.1 Las definiciones y las redefiniciones: bases para una redefinición de la TGP

Para abordar el problema de la redefinición de la TGP y su implicación en su objeto y método, es preciso hacer una aclaración inicial sobre el concepto de “definición” y sus implicaciones en este estudio.

Las definiciones son los enunciados mediante los cuales atribuimos un significado a un término o a un sintagma⁶. Sintácticamente se expresan de la forma “X significa Y”, donde “X” (el término o sintagma definido) se denomina “*definiendum*”, mientras que “Y” (la expresión usada para definir) se denomina “*definiens*”. Las definiciones se pueden clasificar, por lo menos, de acuerdo con dos criterios: su relación con la verdad y su contenido semántico.

De acuerdo con el primer criterio, las definiciones pueden ser informativas o estipulativas. Las definiciones informativas describen los distintos usos que se le dan al término o sintagma definido (al *definiendum*) en un determinado contexto lingüístico. Mientras que las definiciones estipulativas pueden corresponder a: (i) la propuesta de un significado nuevo para un término o sintagma preexistente, (ii) la propuesta de un significado más preciso respecto del uso común del término o sintagma preexistente, o (iii) la propuesta de un significado nuevo a un término o sintagma de nuevo cuño.

De acuerdo con el profesor Riccardo Guastini, a las definiciones estipulativas del primer y tercer tipo (que proponen un significado nuevo para un término o sintagma preexistente y las que adscriben un significado nuevo a un término o sintagma de nuevo cuño) se les puede denominar “estipulaciones puras”; mientras que las definiciones estipulativas de segundo tipo (que proponen un significado más preciso para un término o sintagma preexistente) se les puede denominar “redefiniciones”.

⁶ Guastini, Riccardo. “Manifiesto de una filosofía analítica del derecho”. En: *Otras distinciones*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 77-92, p. 79.

Esta clasificación guarda relación con “la verdad”, porque las definiciones informativas pueden ser verdaderas o falsas. La verdad o falsedad de este tipo de definiciones depende de su correspondencia con los usos efectivos de la expresión o sintagma en el contexto lingüístico que se describe. Ej: la definición “la palabra «esposo» significa hombre no casado”, será una definición verdadera si, y solo si, el término “esposo” en ese contexto lingüístico específico es utilizada como sinónimo de “hombre no casado”. En cambio, las definiciones estipulativas no son ni verdaderas ni falsas.

Si las definiciones estipulativas no son susceptibles de ser verdaderas y falsas, ¿para qué se proponen estipulaciones puras o redefiniciones? La respuesta puede ser de dos tipos: o bien se emplean por precisión (para eliminar la ambigüedad o reducir la vaguedad del término o sintagma que se define); o bien por un fin práctico, cualquiera que sea este.

Ahora bien, de acuerdo con el segundo criterio, las definiciones pueden ser intensionales o extensionales. Las definiciones intensionales (o connotación) se refieren a la descripción del conjunto de propiedades que caracterizan los términos o sintagmas que se definen. Este tipo de definiciones responden a la pregunta ¿qué quiere decir? En cambio, las definiciones extensionales (o denotación, o referencia semántica) se refieren a la descripción de los casos (sujetos, eventos, objetos, etc.) a los que el término o sintagma que se define son aplicables. Este tipo de definición responde a la pregunta ¿a qué se refiere? Dos ejemplos, uno matemático y uno jurídico para esclarecer estos tipos de definiciones. Ej1: ¿Qué es un número par? Definición intensional: “par” es todo aquel número que sea múltiplo de 2 dentro del conjunto de los números enteros. Definición extensional: son números pares [..., 2, 4, 6, 8, 10, 12, 14, ...]. Ej2: ¿Qué es el derecho? Definición intensional⁷: “el derecho” es un sistema de normas coactivas. Definición extensional: “el derecho” se compone de las normas constitucionales, legislativas, administrativas, etc⁸.

⁷ Esta es una entre varias definiciones del Derecho. En el apartado 6.5 de este trabajo se profundiza sobre otras definiciones.

⁸ “Extensión/intensión:

Referencia (extensión) versus sentido (intensión) de una expresión. Para un término singular, la extensión es su referente; para un predicado, el conjunto de cosas para las que es verdadero; para

En otras palabras, al definir un término o sintagma debemos preguntarnos ¿qué connota?, en otras palabras, ¿qué quiere decir?; así como ¿qué denota?, es decir, ¿a qué se refiere? Existen dos fenómenos lingüísticos que se pueden presentar al responder ambas preguntas: la ambigüedad y la vaguedad del lenguaje. La ambigüedad es un fenómeno que afecta a las definiciones intensionales y se refiere a aquellos eventos en que un término o sintagma cuenta con más de un significado posible. Por ejemplo, el término “auto” en un contexto puede significar un vehículo automotor, mientras que en otro puede significar una decisión de un juez (es un término ambiguo o equívoco). En cambio, la vaguedad es un fenómeno que afecta a las definiciones extensionales y se refiere a aquellos eventos en que no es claro si el término o sintagma que se define se aplica o no a un determinado caso (sujetos, eventos, objetos, etc.). En teoría del derecho a este campo semántico indeterminado se le ha denominado “zona de penumbra” o “zona gris”. Para ejemplificar la vaguedad del lenguaje, recurro a un ejemplo del profesor Hart con un ligero cambio. El ejemplo consiste en que una norma indica que se encuentra prohibido el ingreso de vehículos a un parque. Es claro que un automóvil es un vehículo. También es claro que una bicicleta no es un vehículo. Pero ¿una bicicleta a la que su dueño le ha puesto un motor, que permite pedalear, pero que se puede mover por su propia cuenta, es un vehículo o no? Este sería un caso de vaguedad del lenguaje, ese fenómeno en el que no sería claro si el término “vehículo” se aplica o no al caso de las bicicletas con motor.

En el campo de la TGP se puede considerar que (i) un estado del arte implica decantar la definición informativa del sintagma “TGP”; (ii) la definición intensional de la “TGP” implica determinar las características centrales de la misma; (iii) la definición extensional de la “TGP” implica identificar sus objetos de estudio; y (iv) la estipulación o redefinición de la “TGP” debe realizarse, o bien para precisar este sintagma (para reducir su ambigüedad o vaguedad), o bien porque se persigue con ello un determinado fin práctico.

una oración, su valor de verdad. Dos expresiones con la misma extensión son co-extensivas. Terminología relacionada: Bedeutung (= extensión) versus Sinn (= intensión) de una expresión (Frege); denotación versus connotación (Mill); contextos extensionales versus contextos intensionales*. Véase la discusión de Frege del sentido y la referencia, cap. 5, § 2; cfr. distinción de Quine entre la teoría de la referencia y la teoría del significado, pág. 141.” Haack, Susan. *Filosofía de las lógicas*. Madrid: Ediciones Cátedra S.A., 1982, p. 272.

Adicionalmente, la redefinición de la TGP no solamente altera su definición intensional, sino también extensional. De allí que una redefinición o estipulación implique necesariamente alterar en alguna medida los objetos de estudio de esta disciplina. A esto se añade que, como se explicará con mayor profundidad en el apartado 6.5 de este trabajo, la epistemología en un cierto sentido depende de la ontología. En otras palabras, los objetos de estudio determinan los métodos y metodologías de investigación. De allí que una redefinición de la TGP no solamente implique una modificación en sus objetos de estudio, sino también un replanteamiento de sus métodos y metodologías de investigación.

En este trabajo (i) persigo redefinir la TGP con un fin práctico: que esta disciplina del conocimiento jurídico dé cuenta de los retos que implican distintos espacios jurídicos y dimensiones no conceptuales de la teoría jurídica; (ii) esta redefinición es tanto una redefinición intensional (qué debe caracterizar a la TGP), como extensional (cuáles deben ser los objetos de estudio de la TGP); (iii) esta redefinición conduce a un replanteamiento de los métodos y metodologías de investigación de la TGP; (iv) para poder redefinir la TGP primero se requiere presentar sus definiciones informativas; y (v) para lograr dar respuesta a los retos mencionados, se requiere a) caracterizar a la TGP como una especie del género teoría jurídica, y b) presentar las principales respuestas teóricas a estos retos (el pluralismo jurídico; y la posibilidad de una teoría del derecho normativa, empírica y analítica).

1.2.2 La meta-teoría procesal: discursos, enunciados y enfoques meta-teóricos

El conocimiento humano se expresa y sistematiza mediante el lenguaje. En ocasiones mediante lenguajes formalizados como la lógica, la aritmética, el álgebra; o, en otras, por medio de lenguajes naturales. El conocimiento del Derecho no es ajeno a esto y se ubica entre estos dos tipos de lenguaje. Las disposiciones normativas de los distintos sistemas jurídicos se expresan en lenguajes naturales; sin embargo, los juristas tratan de sistematizar ese lenguaje en enunciados normativos que se aplican y relacionan de manera lógica y que se pueden expresar mediante el lenguaje formalizado de la lógica deóntica. De allí que a los juristas no nos resulte extraño pensar que toda norma prescriptiva se puede traducir en un enunciado condicional del tipo (si p, entonces q), cuya aplicación se realiza mediante el modus *ponendo ponens* (regla de inferencia del silogismo

jurídico o decisional). Sin embargo, los juristas día a día nos topamos con problemas que derivan de trabajar con lenguajes naturales como la ambigüedad y la vaguedad.

En otras palabras, el conocimiento, así como las teorías, se expresa mediante discursos, esto es, mediante un conjunto de enunciados expresados ya sea en un lenguaje formalizado o a través de un lenguaje natural. Esta consideración es relevante a los efectos de comprender (i) las relaciones entre los distintos tipos de conocimientos y teorías; y (ii) la función que cumplen los enunciados que los integran.

Frente a lo primero, para esclarecer el mapa del conocimiento y la reflexión teórica en general y del derecho en particular, resulta imprescindible tener de presente los diversos niveles de los discursos. El lenguaje puede ser utilizado o bien para referirse a la realidad o bien para referirse al lenguaje en sí mismo considerado. Un ejemplo sencillo empleado por el profesor Guastini es el siguiente: Enunciado 1: “los gatos tienen cuatro patas”. Enunciado 2: “la palabra ‘gato’ tiene cuatro letras”. En el ejemplo, el enunciado 1 se refiere a los gatos (a la realidad), mientras que el enunciado 2 se refiere a la palabra “gato” (a una expresión del lenguaje). Cuando utilizamos el lenguaje en este segundo sentido para referirnos a otro lenguaje solemos distinguir entre “meta-lenguaje” y “lenguaje-objeto”. En palabras del profesor Guastini:

“(a) se usa llamar “meta-lenguaje” al lenguaje *en el que* nos expresamos (por ej., es formulado en meta-lenguaje el enunciado “La palabra ‘gato’ tiene cinco letras”, y

(b) se usa llamar “lenguaje-objeto” al lenguaje *del cual* hablamos (la palabra “gato” en el ejemplo anterior: como se ve, las expresiones del lenguaje-objeto se escriben entre comillas).”⁹

Es así como el conocimiento humano en general y del derecho en particular se formula mediante discursos en distintos niveles: algunos se refieren directamente sobre la realidad;

⁹ Guastini, Riccardo. “Manifiesto de una filosofía analítica del derecho”. En: *Otras distinciones*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 77-92, p. 83.

mientras que otros se refieren a otros discursos en un nivel de abstracción mayor. De allí que la distinción entre “meta-lenguaje” y “lenguaje-objeto” sea de gran utilidad para aclarar el mapa del conocimiento humano.

De acuerdo con estos niveles del discurso, una primera aproximación puede concebir a la TGP como un discurso (meta-lenguaje) sobre el discurso de la dogmática procesal y del derecho procesal (lenguajes-objeto). Pero por esta misma vía, el presente trabajo de investigación, cuyo objeto es el discurso de la TGP, es en sentido estricto una investigación meta-teórica. Se trata de una reflexión sobre la teoría procesal.

Frente a lo segundo, para comprender con mayor precisión el mapa del conocimiento es importante comprender las unidades atómicas de que se componen estos discursos. El conocimiento, como cualquier discurso, se compone de un conjunto de enunciados. Estos enunciados son expresiones lingüísticas con forma gramatical completa¹⁰ (forma sintáctica y sentido completos), que se diferencian de las locuciones y de los sintagmas. Asimismo, los enunciados se pueden clasificar, por lo menos, en dos: enunciados en función descriptiva y enunciados en función práctica.

Los enunciados en función descriptiva se caracterizan por ser verdaderos o falsos y se clasifican en dos de acuerdo con el criterio que permite identificar su verdad o falsedad: enunciados empíricos y enunciados analíticos. Los primeros se caracterizan porque su verdad o falsedad depende de su correspondencia con la realidad que describen. Mientras que los segundos se caracterizan porque su verdad o falsedad depende de su estructura lógica o de su estructura semántica. Si son verdaderos o falsos en razón de su forma lógica, se denominan enunciados analíticos formales; en cambio, si son verdaderos o

¹⁰ “D’ora in avanti, conformemente ad una convenzione che si va diffondendo, denominerò le espressioni in lingua caratterizzate da una forma gramaticalmente compiuta con il nome di «enunciati»”. “De ahora en adelante, de acuerdo con una convención que se ha venido difundiendo, denominaré las expresiones del lenguaje caracterizadas por una forma gramaticalmente completas con el nombre de «enunciados»” (traducción propia). Tarello, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e meateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1974, pp. 143-144. Este libro se encuentra escaneado y publicado, junto a varias de las obras del profesor Giovanni Tarello, en la página del Istituto Tarello per la filosofia del Diritto de la Universidad Degli Studi di Genova. Disponible en: <https://istitutotarello.org/publications/complete-bibliography-of-giovanni-tarello-1934-1987/>

falsos en razón del significado de los términos que lo componen, se les denomina como enunciados analíticos informales. Para aclarar esta clasificación de enunciados descriptivos veamos algunos ejemplos: Ej1: el enunciado “este es un trabajo final de maestría en derecho” es un enunciado empírico, ya que será verdadero o falso si, y solo si, en realidad se trata de un trabajo final de maestría en derecho. Ej2: el enunciado “soy Bogotano o no lo soy” es un enunciado analítico formal, porque su verdad o falsedad depende de su estructura lógica. En este ejemplo, se trata de un enunciado analíticamente verdadero ya que expresa la estructura lógica “ $p \vee \sim p$ ”, por lo que se trata de un enunciado lógicamente válido de acuerdo con el principio lógico-deductivo del tercero excluido. Obsérvese que dicho enunciado no nos brinda información alguna sobre si efectivamente soy o no Bogotano. Ej3: el enunciado “un soltero es una persona no casada” se trata de un enunciado analítico informal, ya que su verdad o falsedad depende del significado de las palabras. En efecto, este enunciado es verdadero ya que en el lenguaje común se define “soltero” como persona no casada.¹¹

En cambio, los enunciados en función práctica no son ni verdaderos ni falsos. Dentro de estos se encuentran dos tipos de enunciados: los enunciados prescriptivos o normativos y los enunciados valorativos o juicios de valor. Los primeros son aquellos que persiguen influenciar o guiar la conducta humana; los segundos, en cambio, indican lo que es bueno o malo, lo correcto y lo incorrecto, lo justo y lo injusto, entre otras.

Es así como un discurso teórico del derecho puede contener enunciados en función descriptiva (empíricos y/o analíticos) y en función práctica (normativos y/o valorativos). Sin embargo, como veremos más adelante en la sección 2.4, algunos teóricos del derecho consideran que la teoría del derecho debe ser eminentemente descriptiva y, por tanto, no debería contener enunciados ni prescriptivos, ni valorativos (posturas como esta se pueden encontrar en Kelsen y Guastini, entre otros). Pero también están aquellos teóricos que consideran que no se puede describir el derecho de forma objetiva, por su contenido normativo y ser una especie del género “razón práctica”, sin incurrir en valoraciones o prescripciones; por lo que toda teoría del derecho debe combinar de una forma sistemática

¹¹ Guastini, Riccardo. “Manifiesto de una filosofía analítica del derecho”. En: *Otras distinciones*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 77-92, pp. 81-82.

y coherente enunciados descriptivos (cómo es el derecho en la realidad), enunciados valorativos (es justo o injusto el derecho, es correcto o incorrecto, etc.) y enunciados prescriptivos (cómo debe ser el derecho). Una postura como esta última se podría encontrar en autores postpositivistas como Robert Alexy y Manuel Atienza, entre otros.

En este contexto, se puede considerar que existen, desde un punto de vista analítico, tres tipos generales de hacer teoría del derecho: (i) una teoría del derecho descriptiva, en el sentido de ser un meta-lenguaje (un discurso) compuesto por enunciados en función descriptiva que persiguen describir, con un mayor grado de abstracción, el derecho, las decisiones judiciales y la dogmática jurídica (lenguajes-objeto), los cuales serán verdaderos o falsos en la medida en que se corresponden con la realidad del derecho, las decisiones judiciales y la dogmática jurídica (criterio de verdad de los enunciados empíricos); o dependiendo de su coherencia lógica o de su contenido semántico (criterios de verdad de los enunciados analíticos formales e informales). (ii) Una teoría del derecho prescriptiva y valorativa, en el sentido de ser un meta-lenguaje (un discurso) compuesto por enunciados en función práctica que persiguen indicar, por una parte, los criterios para valorar un sistema jurídico como justo o injusto, correcto o incorrecto, entre otras (enunciados valorativos); y, por otra, la prácticas o medidas que se deben adoptar para que el derecho, las decisiones judiciales y la dogmática sean mejores, más justas y correctas (enunciados prescriptivos). Y (iii) Una teoría del derecho mixta, que combina enunciados en función descriptiva como en función práctica; sin embargo, dentro de este campo se pueden distinguir dos tipos diferentes de teorías que denominaré las teorías asistemáticas y las teorías sistemáticas. Las teorías asistemáticas son aquellas que de forma inconsciente combinan enunciados en función descriptiva con enunciados en función práctica, sin explicitar la distinción entre unos y otros. Ocurre también cuando se indica que se está describiendo el derecho cuando en realidad se está prescribiendo o valorando. Esto ocurre, por ejemplo, en el campo de la teoría de la interpretación y de la argumentación jurídica. En ocasiones los autores no se dan cuenta de que no solamente están describiendo cómo interpretan y argumentan los juristas en la práctica, sino que se encuentran formulando criterios sobre cómo se debería interpretar o argumentar. Por el contrario, las teorías sistemáticas son aquellas que, si bien combinan enunciados en función descriptiva y en función práctica, explicitan cuándo están describiendo, cuándo valorando y cuándo prescribiendo. Por ejemplo, en la teoría de la argumentación jurídica

del profesor Manuel Atienza se diferencian dos partes: una parte general encargada del estudio del concepto y concepciones de la argumentación jurídica (concepciones formal, material y pragmática) y una parte especial que se ocupa de responder a tres preguntas: ¿cómo analizar una argumentación?, ¿cómo evaluar una argumentación?, y ¿cómo argumentar? Lo que implica una teoría descriptiva, prescriptiva y valorativa de la argumentación jurídica, pero que distingue claramente entre estos componentes¹².

Por claridad conceptual, a la teoría del derecho descriptiva se la ha denominado, entre otras: jurisprudencia expositiva “expository jurisprudence” (Bentham); jurisprudencia general “general jurisprudence” (Austin); teoría del derecho o teoría pura del derecho (Kelsen); en cambio a la teoría del derecho prescriptiva y/o valorativa se le ha denominado: jurisprudencia censoria “censorial jurisprudence” o arte de la legislación “the art of legislation” (Bentham), ciencia de la legislación (Austin), y política del Derecho (Kelsen).

Ahora bien, considero que lo expuesto sobre la teoría del derecho es aplicable también a la meta-teoría del derecho. En este sentido la meta-teoría del derecho puede o bien ser (i) un meta-lenguaje (un discurso) compuesto de enunciados en función descriptiva sobre la teoría del derecho (lenguaje-objeto); o bien (ii) un meta-lenguaje (un discurso) compuesto de enunciados en función práctica sobre cómo debe ser y cómo valorar la teoría del derecho (lenguaje-objeto); o bien (iii) un meta-lenguaje (un discurso) compuesto tanto de enunciados en función descriptiva, como enunciados en función práctica sobre la teoría del derecho (lenguaje-objeto), que pueden ser combinados de forma asistemática o sistemática.

Pretendo que la presente investigación meta-teórica sea concebida como un discurso (meta-lenguaje) sobre la TGP (lenguaje-objeto) compuesto tanto de enunciados en función descriptiva como en función práctica, pero expuestos de forma sistemática, dejando claro cuándo se describe y cuándo se prescribe o se valora. En tal sentido, este estudio busca describir la TGP predominante en Colombia tal cual es, su concepto, su historia y sus influencias teóricas (enunciados en función descriptiva), para dar cuenta de que este tipo

¹² Atienza, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2019 (sexta reimpresión).

de teoría procesal es insuficiente para responder a dos retos contemporáneos: los espacios jurídicos y las dimensiones no conceptuales de la teoría jurídica (enunciados valorativos). Por esta razón se persigue proponer una redefinición de la TGP, lo que conduce a una modificación de sus objetos de estudio y, por esta vía, de sus métodos y metodologías de investigación (enunciados prescriptivos).

¿Por qué es importante distinguir sistemáticamente en la meta-teoría del derecho en general y del derecho procesal en particular entre enunciados en función descriptiva y en función práctica? La respuesta es simple, porque cuentan con una fundamentación epistemológica diferente: como ya se indico antes, el primer tipo de enunciados son susceptibles de ser verdaderos o falsos; mientras que los enunciados del segundo tipo no. Es por esto por lo que es más fácil determinar la validez del conocimiento teórico (en este caso meta-teórico) cuando la teoría es descriptiva; mientras que la validez del conocimiento teórico cuando la teoría es prescriptiva o valorativa es más borrosa, ya que no se determina en términos de verdad o de falsedad (salvo que se adscriba a una especie de objetivismo moral). Algunos subjetivistas morales sostienen que solamente existen dos posibles tipos de racionalidad del discurso práctico: una racionalidad formal y una instrumental. La racionalidad formal se refiere que el discurso práctico sea coherente y consistente; mientras que la racionalidad instrumental se refiere a que se escogen medios adecuados para conseguir determinados fines. Sin embargo, al no creer en el objetivismo moral, no se puede hablar de verdades sobre los fines últimos. Más adelante en la sección 7, se profundizará sobre el problema epistemológico de una teoría del derecho y de la TGP que comprenda la descripción, la valoración y la prescripción.

2. La Teoría Jurídica y del Derecho

En esta segunda sección explicaré aspectos centrales de la teoría del derecho que permitan comprender a la TGP como una especie de esta. Para ello, la exposición se divide en siete partes. En la primera, persigo aclarar el concepto de la teoría del derecho. En la segunda, y con base en la anterior, presentaré cuáles son los objetos de estudio de la teoría jurídica. En la tercera, reseñaré los principales paradigmas de la teoría del derecho. En la cuarta, se enunciarán los principales enfoques metodológicos que existen en el campo de la teoría del Derecho. En la quinta, expondré lo que se concibe cómo las dimensiones o funciones de la teoría jurídica. En la sexta, debido a su importancia en el surgimiento de la teoría procesal, expondré la escuela de la jurisprudencia de conceptos alemana y algunos rasgos centrales del enfoque analítico de la teoría del derecho. Por último, presentaré algunas conclusiones.

2.1 Concepto de teoría jurídica

Para comprender el concepto de “Teoría Jurídica”, intercambiable por otros conceptos sinónimos como “filosofía del derecho positivo”, “jurisprudence”, “legal philosophy”, “legal theory”, “Rechtstheorie”, “teoría del derecho”, “teoría del diritto”, “théorie du droit”, “allgemeine Rechtslehre”, “general theory of law”, “teoría general del derecho”, “teoría generale del diritto”¹³, entre otras; es necesario simultáneamente distinguir entre la Teoría del Derecho y otros campos disciplinares de reflexión jurídica, especialmente, la dogmática jurídica y la filosofía del derecho.

¹³ Chiassoni, Pierluigi. *La tradición analítica en la filosofía del derecho. De Bentham a Kelsen*. Lima: Palestra Editores, 2017, p. 20.

2.1.1 Dogmática Jurídica, Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho

Para abordar la relación entre la dogmática, la filosofía del derecho y la teoría jurídica la exposición se dividirá en dos partes: en la primera se diferencia la dogmática de la filosofía y teoría jurídica; mientras que en la segunda se establecen las relaciones y posibles diferencias entre la filosofía del derecho y la teoría jurídica.

2.1.1.1. Dogmática vs filosofía del Derecho y Teoría Jurídica

Una forma de entender la distinción entre la dogmática jurídica y la teoría y filosofía del derecho es de acuerdo con un **criterio discursivo**, ya que este permite comprender el diverso nivel de abstracción entre estas disciplinas. Sin embargo, el criterio discursivo si bien permite comprender las diferencias con la teoría del derecho, no permite comprender la **especificidad** de la dogmática. Para abarcar la especificidad de esta última disciplina se abordarán cuatro enfoques: el enfoque descriptivo y prescriptivo sobre la dogmática de Riccardo Guastini; el enfoque de Manuel Atienza de la dogmática jurídica como una tecnopraxis; y las posturas sobre la dogmática jurídica de Robert Alexy.

El **criterio discursivo** de distinción entre dogmática y teoría y filosofía del derecho implica que esta distinción se puede comprender a partir de la distinción más general entre meta-lenguaje y lenguaje-objeto desarrollada en la primera sección de este trabajo.

Algunos teóricos del derecho, como los pertenecientes a la escuela genovesa¹⁴, consideran que una buena forma para entender los distintos ámbitos de reflexión sobre el derecho es abordándolos como tipos de discursos.

¹⁴ Algunos de los teóricos pertenecientes a esta escuela son: Ricardo Guastini, Paolo Comanducci, Pierluigi Chiassoni, Giovanni Battista Ratti, Mauro Barberis, entre otros. Se debe advertir que no todos los autores de teoría jurídica consideran que sea pacífico hablar de los teóricos del Derecho de Génova y discípulos de Giovanni Tarello como una escuela de realismo jurídico. Para profundizar en las perplejidades terminológicas, metodológicas y teóricas de la denominación de Escuela lusarealista Genovesa véase: Barberis, Mauro. "Un poco de realismo sobre el realismo genovés". En: *El realismo jurídico genovés*. Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 201-216.

De acuerdo con esta idea, una forma de entender los discursos en torno al derecho es la presentada por el profesor Paolo Comanducci¹⁵, según la cual existen: “discursos del derecho” correspondientes a los documentos normativos autoritativos (v.gr. Constitución, leyes, Decretos, etc.); “discursos con el derecho” relativos a los discursos que proponen y justifican decisiones jurídicas (v.gr. Discursos interpretativos y justificación externa de las decisiones judiciales¹⁶); “discursos acerca del derecho” referentes a los discursos que de forma descriptiva o valorativa se refieren a los discursos del y con el derecho (v.gr. libros de derecho civil, laboral, procesal, etc.); y, por último, los “discursos para el derecho” atinentes a los discursos centrados en problemas lógicos, metodológicos y epistemológicos en el análisis de los discursos jurídicos (v.gr. textos sobre lógica jurídica).

De acuerdo con la anterior descripción, se puede considerar que, en primer lugar, los “discursos del derecho” hacen alusión al derecho positivo, a los enunciados lingüísticos que componen el universo de fuentes del derecho. En segundo lugar, que los “discursos con el derecho” se refieren a la aplicación del derecho positivo a partir de enunciados interpretativos y argumentativos plasmados especialmente en el ejercicio de la abogacía y de la judicatura- En un cierto sentido son un meta-lenguaje cuyo lenguaje-objeto son los “discursos del derecho”. En tercer lugar, que los “discursos acerca del derecho” comprenden tanto a la dogmática como la teoría jurídica, entendidas como discursos descriptivos y valorativos sobre el derecho positivo y su aplicación¹⁷. En cuarto lugar, “los discursos para el derecho” comprenden el ámbito de la filosofía del derecho.

Así las cosas, el derecho positivo se trata de un discurso normativo. La jurisprudencia entendida como sapiencia jurídica (*prudencia juris*), esto es, como el discurso de los juristas, académicos (dogmática jurídica) y jueces (decisiones judiciales)¹⁸, no es más que un discurso sobre el derecho positivo. Y, por último, la filosofía jurídica es un discurso sobre problemas lógicos, epistemológicos y metodológicos que permiten entender los discursos

¹⁵ Comanducci, Paolo. “Epistemología jurídica”. En: *Estudios sobre constitución y derechos fundamentales*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, pp. 13-25.

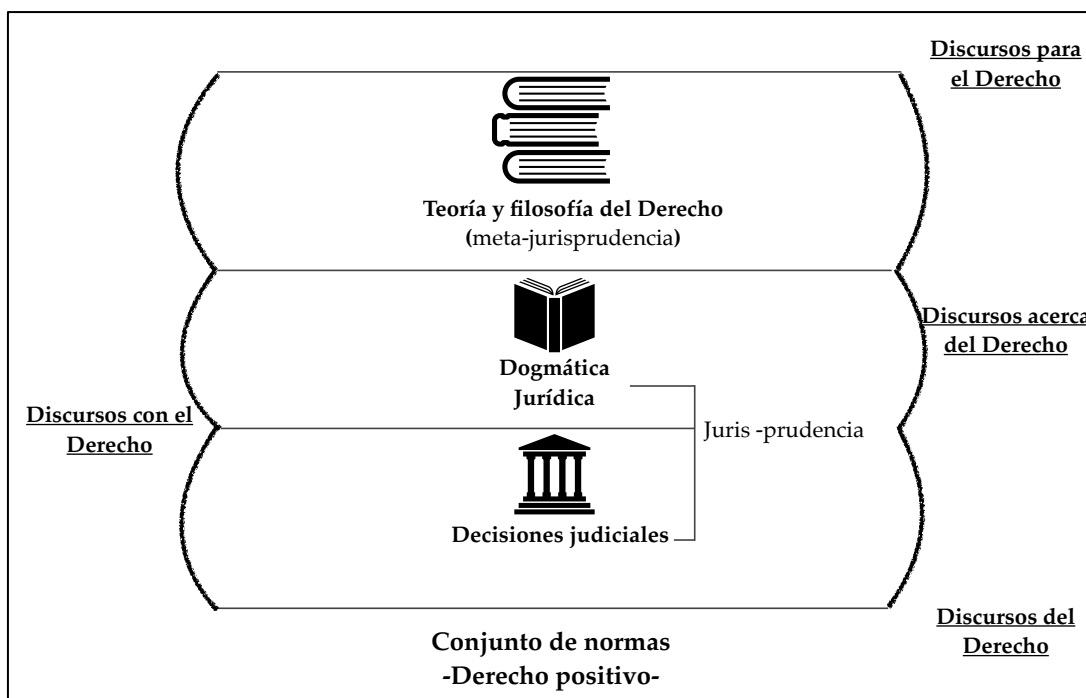
¹⁶ Atienza, Manuel. Op. Cít.

¹⁷ Dentro de este tipo de discursos también se comprenden los discursos éticos o de política jurídica acerca del Derecho.

¹⁸ Guastini, Riccardo. *Teoría analítica del Derecho*. Lima, Perú: Zela Grupo Editorial, 2017, p. 31.

del derecho positivo y la jurisprudencia (dogmática jurídica y decisiones judiciales). Es por esto que, desde Tarello y Bobbio, se concibe a la filosofía del derecho, especialmente de corte analítico, como una ejercicio de meta-jurisprudencia.

Figura 2-1: Niveles del discurso en el Derecho.



Fuente: elaboración propia

En este sentido, tenemos el siguiente panorama:

1. **Dogmática jurídica:** se trata de un discurso (meta-lenguaje) descriptivo, valorativo o prescriptivo sobre (i) el conjunto de disposiciones normativas y normas de un sistema de derecho positivo y (ii) sobre las decisiones judiciales (lenguajes objeto). En este sentido, la dogmática jurídica es un meta-lenguaje cuyos lenguajes-objeto son: el “discurso del derecho” (derecho positivo) y el “discurso con el derecho” (decisiones judiciales).
2. **Teoría y filosofía del Derecho:** En este sentido, se trata de un discurso (meta-lenguaje) sobre el discurso de la dogmática y de las decisiones judiciales -

jurisprudencia- (lenguajes-objeto). Es decir, se trata de un discurso de meta-jurisprudencia.

Es así como el criterio discursivo permite comprender el diverso nivel de abstracción entre la dogmática jurídica y la teoría y filosofía del derecho, pero ¿qué es lo que caracteriza a la dogmática jurídica? Para abordar la **especificidad** de la dogmática me centraré en tres concepciones: la de los profesores Riccardo Guastini, Manuel Atienza y Robert Alexy.

De acuerdo con el profesor Guastini, desde un punto de vista descriptivo, la dogmática jurídica no es solamente un metalenguaje que tiene por objeto el lenguaje objeto del legislador, sino que, por el contrario, es una actividad predominantemente interpretativa y constructiva y, por tanto, una actividad de política del derecho. En otras palabras, los dogmáticos no solamente describen el derecho existente en un determinado sistema de derecho positivo de forma valorativamente neutra, sino que, en cambio, los dogmáticos lo que hacen es sugerir ciertas interpretaciones (interpretación en sentido estricto) y ciertas normas no expresadas en texto normativo alguno (construcción jurídica) que deberían ser aplicadas por los juristas en la práctica¹⁹. Los dogmáticos no solamente describen el Derecho, sino que participan de su creación.

Por otra parte, desde un punto de vista prescriptivo, el profesor Guastini sugiere que la dogmática debería convertirse en una “ciencia jurídica”, es decir, en un estudio valorativamente neutro del Derecho. Para que la dogmática cumpliera este papel estrictamente científico (y no político) debería centrarse en tres actividades: (i) la dogmática debería realizar una interpretación cognitiva de los textos jurídicos. En otras palabras, el dogmático debería limitarse a señalar todas las posibles interpretaciones (significados) de un texto normativo (fuente del derecho). (ii) La dogmática debería concentrarse en reconstruir las diversas corrientes jurisprudenciales presentes en una determinada cultura jurídica. Y, por último, (iii) la dogmática debería centrarse en describir el derecho vigente,

¹⁹ Guastini, Riccardo. “Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico”. En: *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law (Online)*, 27, 2015, <http://journals.openedition.org/revus/3463>, pp. 55-65, pp. 62-63.

es decir, la identificación de las normas efectivamente aplicadas por los jueces y por otros órganos de aplicación²⁰.

Una segunda concepción de la dogmática jurídica es la del profesor Manuel Atienza, quien en uno de sus últimos libros, titulado “Filosofía del Derecho y transformación social”, dedicó un capítulo entero al tema. El capítulo lleva por título: “VII. La dogmática jurídica como tecno-praxis”. En este capítulo el profesor Atienza reflexiona, entre otras, sobre el carácter “dogmático” de la dogmática jurídica, sobre la relación entre la dogmática jurídica y la técnica, y, finalmente, sobre la función de la dogmática jurídica entendida como una tecno-praxis.

Frente a lo primero, el profesor Atienza considera que la dogmática jurídica no es en sentido estricto “dogmática”. La dogmática jurídica no es en sentido estricto ciencia como otras ciencias, pero tampoco es dogmática como la teología. En palabras del mismo Atienza, “en el caso de las ciencias empíricas, la modificación de los «dogmas» depende, en última instancia de la experiencia, de una realidad ajena al científico. En el caso de la Jurisprudencia requiere la intervención de una voluntad (una autoridad) y el jurista dogmático puede contribuir (racionalmente) a ese cambio. Y en la teología el cambio de los dogmas es imposible porque no han sido establecidos ni por la naturaleza ni (según sus cultivadores) por una autoridad humana”²¹, por lo que los únicos dogmas en sentido estricto son los de la teología.

Respecto de lo segundo, el profesor Manuel Atienza considera que la dogmática jurídica es una técnica. El objetivo central de toda técnica no es conocer por conocer, sino utilizar el conocimiento científico para lograr determinados resultados prácticos. Son técnicas, por ejemplo, la medicinal, la arquitectura, las ingenierías, etc. De allí que “la forma de proceder de la dogmática se asemeja más que al método científico al tecnológico, en el que

²⁰ *Ibíd.*, pp. 63-64.

²¹ Atienza, Manuel. *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Editorial Trotta, 2017, p. 174.

funcionaría la secuencia: problema práctico-diseño-prototipo-prueba-corrección del diseño o reformulación del problema”²².

Y, por último, el profesor Atienza expresa las razones por las cuales considera que la dogmática jurídica no es una técnica como las otras. Esto se debe fundamentalmente a su carácter práctico. Las demás técnicas se ocupan de estudiar los mejores medios para obtener fines previamente delimitados. En cambio, en el Derecho no solamente es importante discutir y deliberar sobre los medios para obtener determinados fines (técnica), sino también discutir y deliberar sobre los fines y los valores que se deben perseguir (práctica). De allí que “[l]a dogmática jurídica [sea] entonces una peculiar combinación de técnica social y de filosofía práctica (moral y política), un lugar de reunión de la razón instrumental y la razón práctica”²³.

Una tercera concepción de la dogmática jurídica, cercana a la del profesor Atienza, es la de Robert Alexy, para quien existen tres dimensiones de la dogmática jurídica: una dimensión analítica, una empírica y una normativa²⁴. La dimensión analítica “trata de la exploración conceptual y sistemática del derecho válido”²⁵. La dimensión empírica refiere: por una parte, “al conocimiento del derecho positivo válido”²⁶; y, por otra, “a la utilización de premisas empíricas en la argumentación jurídica”²⁷. Y la dimensión normativa se centra en “la orientación y crítica de la praxis jurídica, sobre todo de la actividad judicial”²⁸. Es así que para el profesor Alexy, la dogmática jurídica o ciencia del Derecho en sentido estricto combina tres tipos de actividades: “(1) la descripción del Derecho vigente; (2) su análisis sistemático y conceptual y (3) la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos”²⁹.

²² *Ibíd.*, p. 178.

²³ *Ibíd.*, p. 190.

²⁴ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 13.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ *Ibíd.*, p. 17.

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ *Ibíd.*, p. 18.

²⁹ Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, pp. 240-241.

De estas tres concepciones de la dogmática jurídica se desprende: (i) que la dogmática tiene por fuente de información principal las fuentes del derecho positivo y la práctica del derecho (como la actividad judicial); (ii) en la práctica (desde un punto de vista descriptivo), la dogmática cumple diferentes funciones: una función descriptiva (describir el derecho vigente), una función analítica (sistematizar los conceptos que permiten describir el derecho positivo vigente bajo estudio), y una función prescriptivo-valorativa (valorar el derecho positivo, sugerir cómo debería ser, o proponer soluciones a problemas jurídicos concretos); (iii) desde un punto de vista prescriptivo, se puede discutir si la dogmática debería cumplir exclusivamente una función descriptiva y analítica (Guastini) o si también debería contar con una función prescriptivo-valorativa (Atienza y Alexy); y (iv) para cumplir su función descriptiva y analítica, recurre en buena medida a las técnicas de interpretación jurídica y a las reglas semánticas generales..

2.1.1.2. Filosofía del Derecho vs Teoría Jurídica

Sobre la filosofía del derecho y la teoría jurídica existen dos posibles posiciones: (i) son expresiones sinonímicas, o (ii) son expresiones que significan cosas diferentes.

La primera postura concibe que las expresiones “filosofía del derecho” y “teoría jurídica” denotan y connotan lo mismo. Esto depende sobre todo de cómo se concibe el papel de la reflexión filosófica del derecho. A mi juicio, esta postura es la que se puede encontrar en los trabajos del profesor Guastini, para quien la expresión “teoría del derecho” y filosofía del derecho positivo” son sinónimas. Y, quién, si bien no considera que la “filosofía del derecho positivo” sea la única forma de hacer filosofía del derecho, sí pareciera indicar que es la forma en qué se debe realizar.

Se deben precisar algunas ideas sobre esta forma de comprender la relación filosofía del derecho y teoría jurídica. En primer lugar, la teoría jurídica y la filosofía del derecho se pueden concebir como una y la misma disciplina. Desde este punto de vista, la teoría jurídica corresponde a la filosofía del derecho positivo, y se trata de un estudio de meta-jurisprudencia o de laboratorio conceptual. En otras palabras, la teoría jurídica o filosofía del derecho positivo es un discurso sobre la jurisprudencia, es decir, sobre la dogmática jurídica (el discurso de los juristas académicos sobre el derecho positivo) y las decisiones judiciales. Esta noción de teoría jurídica también puede concebirse como una empresa

conceptual, es decir, como una labor de definir y redefinir los conceptos que permiten explicar el derecho positivo.

En segundo lugar, la teoría jurídica y la filosofía del derecho se pueden comprender como disciplinas independientes. La diferencia se puede fundar en el enfoque, en la función, en el objeto de estudio, y en el grado de generalidad.

De acuerdo con el **enfoque**, la filosofía del derecho es la reflexión de filósofos generales sobre el derecho (v.gr. la filosofía del derecho de Kant, Hegel, Habermas, etc.); mientras que la teoría jurídica es la reflexión filosófica sobre problemas jurídicos por parte de abogados (v.gr. la teoría jurídica de Kelsen, Hart, Ross, etc).

De acuerdo con la **función**, se puede concebir que la teoría del derecho posee una función descriptiva (describir el derecho positivo y su práctica tal cual es); mientras que la filosofía del derecho posee una función prescriptiva (estudiar el deber ser del derecho).

De acuerdo con el **objeto** de estudio, se puede considerar que el objeto de estudio de la filosofía del derecho es el trilema jurídico: validez, legitimidad y eficacia³⁰; mientras que el objeto de estudio de la teoría jurídica son la validez del derecho, las fuentes del derecho, la interpretación y argumentación jurídica, los conceptos jurídicos fundamentales, entre otros.

Y de acuerdo con el **grado de generalidad**, se puede considerar que entre filosofía del derecho y teoría jurídica existe una relación de género a especie. La teoría del derecho es uno, pero no el único, campo de estudio de la filosofía del derecho. Esto se puede ver con claridad en la descripción del objeto de estudio de la filosofía del derecho en la obra de Norberto Bobbio, Robert Alexy, Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado.

³⁰ Mejía Quintana, Oscar. *Teoría Consensual del Derecho. El derecho como deliberación pública*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia. Sede Bogotá. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Vicedecanatura e Investigación y Extensión. Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, UNIJUS, 2017.

De acuerdo con Norberto Bobbio, el objeto de estudio de la filosofía del derecho comprende tres disciplinas teóricas: la teoría del Derecho, la teoría de la justicia, y la teoría de la ciencia jurídica³¹. Por su parte, para Robert Alexy la filosofía del derecho se ocupa de tres problemas: ¿Qué es y qué existe en el Derecho? (Ontología jurídica, objeto de estudio de la teoría jurídica), ¿qué debe hacerse en el derecho y cómo debe ser este? (ética jurídica), y ¿cómo se conoce el Derecho? (epistemología jurídica). Tres problemas que se pueden sintetizar en uno: el problema de la naturaleza del Derecho³². Para el profesor Manuel Atienza, la filosofía del Derecho comprende tres disciplinas: la teoría del Derecho (u ontología jurídica), la teoría de la justicia, y la teoría de la ciencia jurídica, problemas a los cuales se puede añadir un cuarto tema, relativo a la “historia de la filosofía del Derecho”³³. Por último, para el profesor Juan Antonio García Amado los objetos disciplinares de los cuales se ocupa la filosofía del Derecho son: la ontología jurídica, la teoría general del Derecho, la epistemología jurídica y la filosofía socio-jurídica, considerando que, entre otras, disciplinas como las teorías de la justicia si bien deben ser conocidas por todo filósofo del Derecho, son campos de estudio de la filosofía moral o política y no propiamente de la jurídica³⁴.

Tabla 2-1: Objeto de estudio de la filosofía del Derecho.

Objeto de estudio de la filosofía del Derecho			
Norberto Bobbio	Robert Alexy	Manuel Atienza	Juan Antonio García Amado
Teoría del Derecho	¿Qué existe en el Derecho? (Ontología jurídica)	Teoría del Derecho (Ontología jurídica)	Ontología jurídica
Teoría de la Justicia	¿Qué debe hacerse en el Derecho y cómo debe ser este? (Ética jurídica)	Teoría de la justicia	Teoría General del Derecho

³¹ Bobbio, Norberto. “Naturaleza y función de la filosofía del Derecho”. En: *Contribución a la Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Debate, 1990, pp. 91-101.

³² Alexy, Robert. “La naturaleza de la filosofía del Derecho”. En: *El concepto y la naturaleza del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp- 35-50.

³³ Atienza, Manuel. “La situación actual de los saberes jurídicos”. En: *Introducción al Derecho*. México D.F.: Fontamara, pp. 255-334, pp. 327-328.

³⁴ García Amado, Juan Antonio. «La Filosofía del Derecho y sus temas. Sobre la no necesidad de la “Teoría del Derecho” como sucedáneo. En: *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de Derechos Humanos*. No. 31, 1994, pp. 109-156.

Teoría de la Ciencia Jurídica	¿Cómo se conoce en el Derecho? (Epistemología jurídica)	Teoría de la ciencia jurídica	Epistemología jurídica
(...)	Síntesis: el problema de la naturaleza del Derecho	*Historia de la filosofía del Derecho	Filosofía socio-jurídica

Fuente: elaboración propia

Con algunos matices que marcan diferencias entre estos cuatro autores, se puede considerar grosso modo que la filosofía del derecho comprende el estudio (i) de la teoría del Derecho y la ontología jurídica (¿qué es, de qué se compone y qué caracteriza al Derecho?), (ii) de la teoría de la justicia (¿cómo debe ser el Derecho y su práctica?), y (iii) de la epistemología jurídica (¿cómo se conoce el Derecho?).

Como se puede observar, las expresiones teoría del derecho y filosofía del derecho son equívocas, poseen más de un significado posible. Dependiendo la noción que utilicemos se pueden adjudicar a la filosofía del derecho distintas funciones. No considero que la filosofía del derecho cumpla todas a la vez, sino que dependiendo la noción que adoptemos, puede cumplir una u otra función. Estipulativamente consideraré que la filosofía jurídica puede cumplir cuatro funciones: de fundamentación, conceptual, prescriptiva e integradora. (i) La función de fundamentación indica que la filosofía del derecho brinda herramientas que permiten abordar los problemas epistemológicos, lógicos y metodológicos que se presentan al abordar los demás discursos asociados al derecho. (ii) La función conceptual se refiere a que la filosofía del derecho tiene por función el análisis del lenguaje jurídico y su aclaración conceptual (esta función se asocia a la noción de filosofía del derecho positivo). (iii) La función prescriptiva hace alusión a que la filosofía del derecho es el discurso por excelencia sobre el deber ser del derecho³⁵, de allí que en el actual contexto las teorías de la justicia hayan implicado una conjunción entre filosofía política y filosofía del derecho (esta función se asocia a la filosofía del derecho de los

³⁵ “En mi lenguaje privado tiendo a llamar “teoría del Derecho” a los discursos analíticos-descriptivos y, respectivamente, “filosofía del Derecho” a los discursos valorativos-prescriptivos.” Atienza, Manuel. “Entrevista a Riccardo Guastini”. En: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, ISSN: 0214-8676, 2004, pp. 457-473.

filósofos generales). Y, por último, (iv) la función integradora implica que el objeto de la filosofía jurídica es reflexionar de manera integral sobre el trilema jurídico: validez, legitimidad y eficacia³⁶. En consecuencia, al hablar de filosofía del derecho, estamos hablando de una expresión equívoca porque puede representar campos discursivos y disciplinares distintos. La filosofía del derecho se puede identificar con una sola de las funciones, con varias o con todas.

2.1.1.3. Conclusiones

En conclusión: en primer lugar, las expresiones teoría del derecho y filosofía del derecho no son unívocas. En segundo lugar, la dogmática jurídica (como parte de la jurisprudencia), desde un punto de vista descriptivo se puede asimilar al discurso que persigue describir y valorar el derecho positivo. En tercer lugar, la teoría jurídica se puede comprender de distintas maneras: (i) como meta-jurisprudencia o como laboratorio conceptual; (ii) como reflexión filosófica de problemas jurídicos por parte de abogados; (iii) como estudio descriptivo del derecho y su práctica (tal cual es); (iv) como reflexión sobre la validez del derecho, las fuentes del derecho, la interpretación y argumentación jurídica, los conceptos jurídicos fundamentales, entre otras; o (v) como reflexión sobre los problemas conceptuales del derecho en general (teoría general del derecho) o de una rama o campo del derecho en particular (dogmática jurídica). En cuarto lugar, la filosofía del derecho puede comprenderse de distintas formas: (i) como sinónimo de teoría jurídica, en el sentido de meta-jurisprudencia o de laboratorio conceptual (filosofía del derecho positivo); (ii) como reflexión filosófica del derecho por parte de filósofos generales; (iii) como reflexión filosófica sobre el deber ser del derecho; (iv) como reflexión integral del trilema jurídico: validez, legitimidad y eficacia; (v) como reflexión sobre los problemas epistemológicos, lógicos y metodológicos que se presentan al abordar los discursos asociados al derecho; o (vi) como estudio de los problemas ontológicos, éticos y epistemológicos del Derecho. Y, en quinto lugar, dependiendo la noción de filosofía del derecho que utilicemos, a esta se le pueden adjudicar funciones de fundamentación, conceptuales, prescriptivas e integradoras.

³⁶ Mejía Quintana, Oscar. Op. Cit.

2.1.2 La teoría del Derecho

La Teoría Jurídica se define por (i) su naturaleza de meta-discurso; (ii) su condición de “laboratorio conceptual”, y (iii) su carácter reflexivo.

En primer lugar, la Teoría Jurídica es un meta-discurso, esto es, un discurso sobre otro discurso. Tal como se explico con anterioridad, la Teoría Jurídica es un discurso sobre la dogmática jurídica y, por consiguiente, aborda de forma más general e indirecta el derecho positivo y la jurisprudencia. Por esta razón es que el profesor Ricardo Guastini también denomina a la Teoría Jurídica como meta-jurisprudencia, ya que se trata del estudio de “las doctrinas y las argumentaciones de los juristas y de los jueces”³⁷.

En segundo lugar, el profesor Guastini ha conceptualizado a la Teoría Jurídica, o como él la prefiere denominar “filosofía del derecho positivo”, no solo como “meta-jurisprudencia” sino también como un “laboratorio conceptual”. Esta expresión hace alusión a que la Teoría Jurídica es una empresa eminentemente conceptual “que responde a problemas de formulación y organización del conocimiento”³⁸. Esta empresa conceptual puede tener lugar en aspectos comunes a todo sistema jurídico (v.gr. teoría de las normas jurídicas) o en áreas bien delimitadas del derecho (v.gr. la teoría de los contratos o de la responsabilidad).

Por último, la teoría jurídica se trata de un ejercicio reflexivo que intenta observar sistemáticamente el Derecho como un fenómeno total³⁹. Por esto, busca estudiar las suposiciones fundamentales de los juristas en el ejercicio del derecho⁴⁰. De esta forma, la Teoría Jurídica se puede caracterizar por su naturaleza formal, su grado de generalidad y su origen histórico. La Teoría Jurídica es una teoría formal (que no se ocupa de

³⁷ Atienza, Manuel. “Entrevista a Riccardo Guastini”. En: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, ISSN: 0214-8676, 2004, pp. 457-473.

³⁸ Guastini, Riccardo. *Las dos caras de la filosofía analítica del derecho positivo*, en línea, revisado el 12 de junio de 2019. Disponible en: <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Guastini%20-%20Filosof%C3%ADa%20anal%C3%ADtica%20del%20derecho%20positivo.pdf>, p. 4.

³⁹ Rùthers, Bernd. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2018, p. 12.

⁴⁰ Cross, Rupert & Harris, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 19.

contenidos), entendida como estudio de la estructura normativa del fenómeno jurídico⁴¹. En cuanto a su grado de generalidad, la teoría se mueve entre (i) el ideal de una teoría válida para todo derecho posible, si es que resulta alcanzable (basada en un altísimo grado de conceptualización), y b) una teoría del derecho positivo vigente (muy cercana de la dogmática jurídica)⁴². Por último, la Teoría Jurídica desde un punto de vista histórico surge con el positivismo jurídico, centrando su eje de reflexión en la pregunta por la validez jurídica⁴³.

Este carácter reflexivo y sistemático de la teoría del Derecho conduce a discusiones sobre sus posibles funciones o discusiones (tema que se encuentra desarrollado en la sección 2.4 de este trabajo), ¿la teoría del Derecho debería ser solamente descriptiva y analítica?, ¿o también debería ser prescriptiva y valorativa?, ¿qué papel cumplen los problemas empíricos del Derecho en la teoría jurídica?

Un autor que trata de integrar el carácter reflexivo y sistemático de la teoría jurídica con funciones que no sean exclusivamente conceptuales es el profesor William Twining, para quien la “teoría jurídica se puede ver como una herencia, una ideología, y como la actividad de elaborar teorías, lo que significa plantear, replantear, responder y argumentar cuestiones generales con los objetos de la disciplina jurídica”⁴⁴. En este sentido, la teoría como una actividad comprende diversas funciones: (i) síntesis o construcción de puntos de vista completos o cuadros totales; (ii) construcción y refinamiento de conceptos; (iii) desarrollo de hipótesis de mediano orden; (iv) el desarrollo general de teorías operativas para los participantes y usuarios del Derecho; (v) la reconstrucción de la historia intelectual del Derecho; y (vi) el examen crítico de las suposiciones subyacentes de diferentes clases de discursos de y sobre el Derecho.

⁴¹ Bobbio, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Debate, 1990, p. 105.

⁴² Prieto Sanchis, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2016, p. 10.

⁴³ Mejía Quintana, Oscar. *Teoría Consensual del Derecho. El derecho como deliberación pública*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia. Sede Bogotá. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Vicedecanatura e Investigación y Extensión. Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, UNIJUS, 2017.

⁴⁴ Twining, William. *Derecho y globalización*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, 2003, pp. 122-123.

En la concepción del profesor Twining resultan relevantes dos consideraciones adicionales: por una parte, el reconocimiento de que la teoría jurídica cuenta con dos posibles ámbitos: la teoría jurídica particular y la teoría jurídica general. La primera “se concentra en los aspectos generales de un sistema u ordenamiento jurídico particular y sus fenómenos constituyentes”. Mientras que la segunda “se concentra en los fenómenos jurídicos que tienen lugar en más de una jurisdicción, es decir, en algunos, muchos, o todos los sistemas jurídicos”. Y, por otra parte, la idea según la cual para que la teoría jurídica general pueda trascender las fronteras nacionales y sea realmente general, requiere acercarse a la noción de espacios jurídicos y de pluralismo jurídico, pero no acercarse de cualquier modo, sino a través de herramientas analíticas como lo son los mapas. De allí que para el profesor Twining la elaboración de mapas haga parte de la función de síntesis de la teoría del Derecho.

2.2 Objeto de estudio de la Teoría Jurídica

Para Rupert Cross el estudio de la teoría jurídica se subdivide “en tres partes: teoría general del derecho, teoría general de las fuentes del derecho y análisis de conceptos legales. La teoría general del derecho se ocupa principalmente de estudiar la naturaleza y definición del concepto de Derecho; la teoría general de las fuentes del Derecho estudia los mecanismos a través de los cuales se crea Derecho; y el análisis de los conceptos legales se ocupa de estudiar temas tales como el concepto de propiedad, posesión y personalidad jurídica”⁴⁵.

Por otra parte, para Norberto Bobbio el objeto de la teoría general del derecho se centra en cómo se encuentra constituido el ordenamiento jurídico, estudiando principalmente las fuentes del derecho, la estructura de la norma jurídica, los elementos de las normas, los tipos de normas, los tipos de calificación, entre otros⁴⁶. Por su parte, algunos autores españoles consideran que los contenidos de estudio de la teoría jurídica, principalmente son el concepto del derecho, los sistemas normativos, las formas de organización social, las relaciones del ordenamiento jurídico con el poder, las consideraciones científicas y

⁴⁵ Cross, Rupert & Harris, J. W. Op. Cit., pp. 19-20.

⁴⁶ Bobbio, Norberto. Op. Cit., p 78.

epistemológicas del derecho, las normas jurídicas y el ordenamiento, la dinámica de producción normativa, la interpretación y aplicación del derecho, el análisis de los conceptos jurídicos fundamentales, la relación del derecho con la justicia, la obediencia y la resistencia a sus mandatos, entre otros⁴⁷.

Sin embargo, estos son solo algunas entre varias posturas posibles sobre los temas que comprende el estudio de la teoría jurídica. Primero que todo, es oportuno distinguir entre la teoría general del Derecho y las teorías particulares del Derecho. En particular, para los efectos de este trabajo y con base en la exposición tradicional de la materia, consideraré que el objeto de estudio de la teoría general del derecho comprende: (i) el concepto de Derecho, de donde se desprenden algunos subtemas, como lo son a) la relación entre el Derecho y la fuerza; b) la relación entre el Derecho y la moral; c) la relación entre el Derecho y el poder; (ii) la teoría de las normas jurídicas, dentro de la cual existen a su vez diversos subtemas: a) concepto de normas, b) clases de normas, c) estructura lógica de las normas, d) propiedades de las normas (validez, vigencia y aplicabilidad), entre otras; (iii) la teoría del ordenamiento o del sistema jurídico, donde se estudian temas como a) las propiedades de los sistemas normativos: unidad, consistencia, coherencia y plenitud; b) las relaciones entre los diversos sistemas normativos; c) la dinámica y la estática de los sistemas normativos, entre otras; (iv) la teoría de las fuentes del Derecho; (v) la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales, donde se estudian conceptos como: obligación, sanción, ilícito, responsabilidad, sujeto de derecho, relación jurídica, derechos subjetivos, entre otras; y (vi) la teoría del método jurídico, donde se estudian la interpretación y la argumentación jurídica.

En la sección 9 de este trabajo se profundizará sobre cómo podría ser el contenido de la TGP como una especie de teoría jurídica general.

Y, en segundo lugar, podemos encontrar teorías jurídicas particulares, que persiguen describir, valorar y prescribir en determinados ámbitos del derecho positivo. Por ejemplo: la teoría de los derechos fundamentales, la teoría constitucional, la teoría de los contratos,

⁴⁷ Peces Barba, Gregorio, et al. *Curso de Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 11.

la teoría del acto administrativo, la teoría de los actos procesales, la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, etc.

2.3 Historia de la Teoría Jurídica

La historia de la teoría jurídica permite comprender la evolución histórica del objeto y metodología de investigación de la teoría procesal. Por eso, en este trabajo, entre otras, se busca comparar la historia de la teoría procesal y la teoría jurídica. Todo con el propósito de encontrar las raíces históricas del objeto y metodología de la disciplina procesal.

Para comprender la historia de la teoría jurídica se deben tener de presente dos categorías de análisis: paradigmas y escuelas. Los paradigmas son “realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y de soluciones a una comunidad científica”⁴⁸. En otras palabras, son un conjunto de creencias y de proposiciones básicas compartidas por una comunidad académica que determinan, directa o indirectamente, problemas de investigación y sus soluciones. Por su parte, dentro de los diferentes paradigmas pueden haber distintas escuelas de pensamiento. Una escuela es un conjunto de autores que comparten problemas de investigación, enfoques metodológicos y algunas tesis sobre su objeto de estudio. En el campo de la teoría jurídica existen paradigmas jurídicos y escuelas del Derecho.

2.3.1 Paradigmas del Derecho

Dentro de la teoría del Derecho encontramos los siguientes paradigmas jurídicos: el iusmoralismo; el iuspositivismo (normativista y empirista); y las teorías críticas del Derecho.

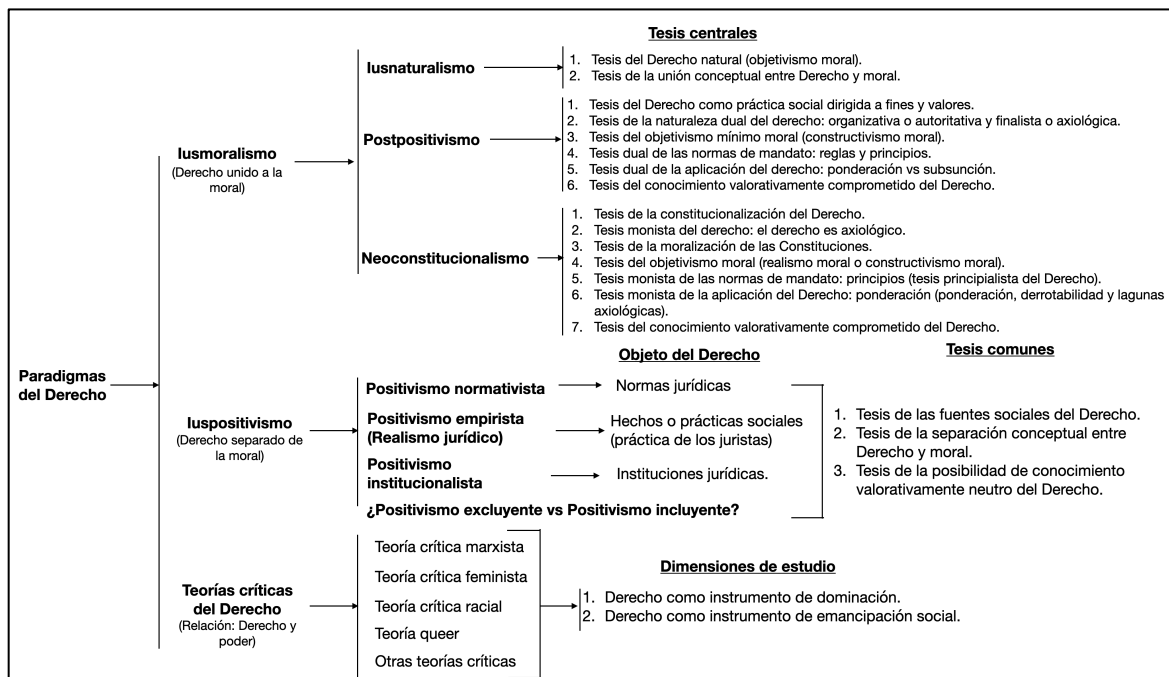
La expresión “iusmoralismo” es empleada por el profesor Juan Antonio García Amado para denotar distintas posturas iusteóricas que conciben el Derecho unido con la moral. Sin embargo, algunos autores como el profesor Manuel Atienza rechazan este tipo de

⁴⁸ Kuhn, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 13.

expresión por tener una carga valorativamente negativa y por no dar cuenta de las características del “postpositivismo” que no concibe al Derecho solamente en términos morales.

En el presente trabajo utilizaré la expresión “iusmoralismo” para englobar las distintas corrientes teóricas del Derecho que establecen como un rasgo central del Derecho su conexión conceptual (total o parcial) con la moral, y que espero, se entienda como un concepto valorativamente neutro, en tanto busca describir el papel de la moral para estas corrientes iusteóricas.

Figura 2-2: Principales paradigmas del Derecho.



Fuente: elaboración propia

2.3.1.1. Paradigma iusmoralista

El paradigma iusmoralista se caracteriza por afirmar una unión conceptual (total o parcial) entre el Derecho y la moral. Actualmente dentro de este paradigma podemos encontrar

diversas corrientes del pensamiento jurídico, particularmente tres: el iusnaturalismo, el postpositivismo y el neoconstitucionalismo.

▪ **El iusnaturalismo**

El iusnaturalismo se identifica por dos tesis centrales: la tesis del derecho natural y la tesis de la identificación conceptual entre Derecho y moral. De acuerdo con la primera tesis, por encima del derecho positivo existe un derecho natural conformado por un conjunto de principios morales que (i) surgen de la naturaleza; (ii) son verdaderos; (iii) pueden ser conocidos por el ser humano; (iv) son universales (aplicables en cualquier lugar); y (v) son inmutables (no cambian con el tiempo). En otras palabras, la mayoría de los iusnaturalistas adscriben a un objetivismo moral realista (concepto que se profundizará en la sección 7.2.2 de este trabajo). Y, de acuerdo con la segunda tesis, el concepto de Derecho depende de los principios morales. El derecho positivo que no esté de acuerdo con el derecho natural no es verdadero derecho.

El iusnaturalismo es el paradigma del Derecho más antiguo y comprende diversas etapas: el iusnaturalismo clásico o antiguo; el iusnaturalismo teológico o medieval; el iusnaturalismo moderno o racionalista; y el iusnaturalismo contemporáneo.

▪ **El postpositivismo**

El postpositivismo (como lo denomina Atienza)⁴⁹ o el no-positivismo (como lo denomina Alexy)⁵⁰ se trata de un paradigma que identifica en el Derecho una práctica social dirigida a fines y valores, y que, por tanto, cuenta con dos dimensiones: una dimensión organizativa o autoritativa (en palabras de Atienza)⁵¹ o una dimensión real o fáctica (en palabras de

⁴⁹ Atienza, Manuel. “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”. En: *Filosofía del Derecho y Transformación Social*. Madrid: Editorial Trotta, 2018, pp. 117-146.

⁵⁰ Alexy, Robert. “En torno al concepto y la naturaleza del Derecho”. En: *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 73-97.

⁵¹ Atienza, Manuel. *Filosofía del Derecho y Transformación Social*. Madrid: Editorial Trotta, 2018 (primera reimpresión), p. 35.

Alexy)⁵² y una dimensión finalista o axiológica (de acuerdo con la denominación de Atienza)⁵³ o una dimensión ideal o crítica (en palabras de Alexy)⁵⁴.

De esta doble dimensión del Derecho, considero que se pueden extraer algunas de las principales tesis del postpositivismo⁵⁵: (i) la tesis del Derecho como una práctica social dirigida a fines y valores; (ii) la tesis de la naturaleza dual del Derecho; (iii) la tesis del objetivismo mínimo moral; (iv) la tesis dual de las normas de mandato; (v) la tesis dual de la aplicación del Derecho; y (vi) la tesis del conocimiento valorativamente comprometido del Derecho.

Primera tesis: el Derecho como una práctica social dirigida a fines y valores. De acuerdo con esta tesis, no se debe concebir el Derecho exclusivamente como algo estático. No es un conjunto o sistema de normas (o no solamente eso), no es un conjunto de textos, es una práctica social. Pero no cualquier práctica, sino una que se dirige a realizar fines y valores, relacionados en su mayoría con el valor de la justicia. Por eso se debe estudiar el Derecho desde el punto de vista del participante de la práctica (punto de vista interno).

Segunda tesis: la tesis dual del Derecho. De acuerdo con esta tesis, el Derecho no puede ser visto solamente desde su dimensión real o fáctica, o como el producto de decisiones de autoridades normativas (dimensión organizativa o autoritativa), tal como lo hace el positivismo jurídico. Pero tampoco se debe caer en el otro extremo de ver en el Derecho solamente un entramado de valores morales, como lo hace el iusnaturalismo. El Derecho en realidad comparte ambas dimensiones al mismo tiempo. Por una parte, el Derecho cuenta con una dimensión organizativa o autoritativa (en palabras de Atienza) o real o fáctica (en palabras de Alexy). Esta dimensión refleja la realidad histórica del Derecho, se

⁵² Alexy, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 73.

⁵³ Atienza, Manuel. *Filosofía del Derecho y Transformación Social* Op. Cit., p. 35.

⁵⁴ *Ibid*, p. 73.

⁵⁵ El postpositivismo podría ser reconstruido también con más o menos tesis, por ejemplo, el profesor Atienza al definir su propia concepción del Derecho la sintetiza en 8 características. Dice él que se trata de una teoría (i) constitucionalista, (ii) no positivista, (iii) basada en la unidad de la razón práctica, (iv) que defiende un objetivismo moral mínimo, (v) que reconoce la importancia de los principios y (vi) de la ponderación, (vii) que defiende el papel activo de la jurisdicción, y (viii) que subraya el carácter argumentativo del Derecho. *Ibid.*, p. 129.

trata de un producto social, de autoridades normativas reconocidas en un determinado contexto social. De allí que los postpositivistas puedan acceder a reconocer la tesis de las fuentes sociales del Derecho (propia del positivismo jurídico). Y, por otra parte, el Derecho también cuenta con una dimensión finalista o axiológica (de acuerdo con la denominación de Atienza) o una dimensión ideal o crítica (en palabras de Alexy). El Derecho no es solamente un conjunto de normas positivas o de decisiones de autoridades normativas, sino que el Derecho debe ser visto como una práctica social dirigida a fines y valores. Las normas positivas no pueden ser entendidas aisladas de los fines y valores. De allí la importancia de la unidad de la razón práctica: el Derecho y la moral no son la misma práctica, pero existen puntos de contacto entre ambas. En palabras del profesor Atienza: existen continuidades, así como discontinuidades entre el Derecho y la moral.

Tercera tesis: la tesis del objetivismo moral mínimo. En la sección 7.2.2 del presente trabajo se profundizará sobre el tema del objetivismo moral y la metaética. En lo que aquí respecta, se debe hacer énfasis en que los postpositivistas tienden a respaldar la dimensión finalista o axiológica (de acuerdo con la denominación de Atienza) o ideal o crítica (en palabras de Alexy) del Derecho, en una postura metaética de un objetivismo moral no realista (mínimo). En otras palabras, los postpositivistas afirman que existe la objetividad en la moral, pero no porque los valores morales, lo justo o injusto, pertenezcan a una realidad universal e inmutable, independiente de los sujetos y cognoscible por estos (realismo moral), sino que en realidad la objetividad en la moral depende de aquellos acuerdos sobre lo justo a los que llegarían al deliberar seres racionales en determinadas condiciones (constructivismo moral).

Cuarta tesis: la tesis dual de las normas de mandato. De acuerdo con esta tesis, las normas de mandato (las que permiten, facultan, prohíben u obligan a realizar determinada conducta) se pueden dividir en dos: en reglas y principios. Este tipo de normas de mandato se diferencian entre sí, entre otras, porque (i) los principios cuentan con un mayor nivel de abstracción debido a que configuran el caso⁵⁶ de forma abierta, mientras que las reglas lo

⁵⁶ Sobre el particular se acude a la noción de “Caso” empleada por Alchourrón y Bulygin. En este sentido, se entiende por “Caso” toda combinación posible de las propiedades relevantes de una norma jurídica. Y por propiedades relevantes se entienden los hechos relevantes del antecedente de una norma que sirven de condición para la aplicación de las consecuencias jurídicas de la misma.

hacen de forma cerrada⁵⁷; (ii) los principios cuentan con una dimensión que no tienen las reglas: la dimensión del peso, que debe ser tenida en cuenta cuando existan conflictos entre principios⁵⁸; y, debido a esta dimensión de los principios, (iii) estos pueden ser concebidos como “mandatos de optimización”, esto es, como “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”⁵⁹, mientras que las reglas son normas que solamente pueden ser cumplidas o no⁶⁰.

Quinta tesis: la tesis dual de la aplicación de las normas de mandato. De acuerdo con esta tesis, existe una diferencia entre la forma en cómo se aplican los distintos tipos de normas de mandato. Las reglas se aplican mediante subsunción, mientras que los principios se aplican mediante ponderación⁶¹. La subsunción implica que siempre que se acredite en un caso en concreto el cumplimiento de las propiedades relevantes descritas por el antecedente de una regla, se debe aplicar la consecuencia jurídica prevista por esta. La ponderación en cambio implica que se sopesen los principios en juego y se decida con base en los test de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁶².

El ejemplo empleado por Alchourrón y Bulygin es el de las normas del Código Civil Argentino y del Código de Freitas en Brasil sobre la reivindicación de cosas muebles contra terceros poseedores. En dichas disposiciones identificaron tres propiedades relevantes: buena fe del enajenante (BFE), buena fe del adquirente (BFA) y título oneroso (TO). Alchourrón, Carlos & Bulygin, Eugenio. *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Bogotá: Astrea – Universidad de Medellín, 2013.

⁵⁷ “Con ello queremos decir que mientras en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen la condición de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas”. Atienza, Manuel & Ruiz Manero, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996, p.9.

⁵⁸ Dworkin, Ronald. *Los Derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1989, pp. 77-80.

⁵⁹ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 67.

⁶⁰ *Ibíd*, p. 68.

⁶¹ Es de aclarar que algunos autores postpositivistas matizan esta tesis, ya que como lo señala el profesor Manuel Atienza, la ponderación implica un ejercicio subsuntivo en sus pasos.

⁶² Alexy, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Núm. 11, 2009, pp. 3-14. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>

Sexta tesis: la tesis sobre el conocimiento valorativamente comprometido del Derecho. De acuerdo con esta tesis, la labor de los filósofos, teóricos y dogmáticos del Derecho hace parte de la práctica jurídica. De allí que la labor teórica deba estar comprometida con la realización de los fines y valores que persigue el Derecho. La teoría debe servir para mejorar la práctica y así alcanzar en la mayor medida de lo posible los fines y valores del sistema. Es por esto que toda actividad teórica y dogmática no se puede agotar exclusivamente en la descripción y análisis conceptual de la práctica jurídica, sino que debe prescribir y valorar sobre la misma.

▪ **El neoconstitucionalismo**

La expresión “neoconstitucionalismo” fue empleada por primera vez en el XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social celebrado en Buenos Aires en 1997, por la profesora Susanna Pozzolo, perteneciente a la Escuela Genovesa de filosofía del Derecho⁶³. La expresión buscaba representar algunas posiciones teóricas de autores que estaban en contra del positivismo jurídico, pero que al mismo tiempo buscaban diferenciarse del iusnaturalismo⁶⁴. Con el paso del tiempo la expresión ha tenido una gran difusión en el contexto latino, especialmente en Latinoamérica a raíz del libro “Neoconstitucionalismo(s)” editado por el jurista mexicano Miguel Carbonell⁶⁵; sin embargo, esta difusión ha estado acompañada de una gran ambigüedad del término.

En palabras del profesor Giovanni Battista Ratti, la expresión “neoconstitucionalismo” ha sido empleada para referirse a cosas tan heterogéneas como: (i) una forma de estado, (ii) una política de activismo judicial, (iii) una reconstrucción teórica de los sistemas jurídicos contemporáneos, (iv) una metodología jurídica, y (v) una adhesión ideológica al Derecho⁶⁶.

⁶³ Pozzolo, Susanna. «Apuntes sobre “Neoconstitucionalismo”». En: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, vol. 1, 2015, pp. 363-405. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/13.pdf>.

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ Atienza, Manuel. *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Editorial Trotta, 2017, p. 128.

⁶⁶ Battista Ratti, Giovanni. “Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo”. En: *Ius Humani. Revista de Derecho*, Vol. 4, 2014/2015, pp. 227-261.

Las discrepancias, o más bien, la radical indeterminación del término “neconstitucionalismo”, se concentran especialmente cuando se le emplea para referirse a una especie de teoría del Derecho. Al punto de que algunos autores consideran que difícilmente se pueda afirmar que el neoconstitucionalismo sea en sí mismo una teoría del Derecho. En palabras de Riccardo Guastini, “el neoconstitucionalismo consiste en un cúmulo (de confines indeterminados) de posturas axiológicas y de tesis normativas, entre las cuales es difícil identificar alguna tesis teórica propiamente susceptible de discusión”⁶⁷.

¿Cómo se podría caracterizar al neoconstitucionalismo como una perspectiva teórica del Derecho?: han existido varios autores que han tratado de darle un contorno más definido como perspectiva teórica. A continuación, expondré las caracterizaciones de los profesores Susanna Pozzolo, Paolo Comanducci, Riccardo Guastini, Giovanni Battista Ratti y Manuel Atienza.

Para la profesora Susanna Pozzolo, el neoconstitucionalismo se puede caracterizar por (i) su antipositivismo. Se trata de una teoría del Derecho que declara la decadencia del positivismo jurídico por no ver en el Derecho una práctica mediada por valores. Parte de este rechazo contra el positivismo jurídico se sustenta en la incompletitud del positivismo jurídico para explicar la distinción entre principios y reglas, y entre la subsunción y la ponderación. (ii) Concebir dos tipos de normas de mandato: las reglas y los principios, dando prelación a estos últimos. A su turno, se concibe a los principios bien como mandatos de optimización (Alexy) o bien como deberes incondicionales derrotables (Moreso). (iii) La interpretación y aplicación del Derecho requiere de ponderaciones y balances para la resolución de desacuerdos en materia de principios. Y, (iv) la interpretación de la Constitución y de los principios requiere de una interpretación moral: la justicia hace parte ahora de los criterios de validez del sistema jurídico (criterios de la regla de reconocimiento).⁶⁸

⁶⁷ Guastini, Riccardo. “A propósito del neoconstitucionalismo”. En: *Otras distinciones*. Bogotá D.C.: Universidad Externado, 2014, pp. 149-173, p. 149.

⁶⁸ Pozzolo, Susanna. «Apuntes sobre “Neoconstitucionalismo”». Op. Cit.

Por su parte, el profesor Paolo Comanducci retoma la distinción Bobbiana entre positivismo metodológico, teórico e ideológico (que se expone en la siguiente sección del presente trabajo) y la reproduce a los efectos de explicar el neoconstitucionalismo. En consecuencia, para el profesor Comanducci se debe distinguir entre el neoconstitucionalismo como un enfoque metodológico, como una teoría o como una ideología del Derecho.

El neoconstitucionalismo metodológico plantea una oposición al positivismo metodológico (que se identifica por sostener las tesis de las fuentes sociales del Derecho y de la separación conceptual entre el Derecho y la moral, las cuales serán estudiadas en mayor profundidad en la próxima sección del presente trabajo). Esta oposición se basa en sostener la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa entre Derecho y moral⁶⁹. En otras palabras, la moral sirve (i) para identificar el derecho válido y aplicable a un caso; y (ii) para justificar las decisiones judiciales (los argumentos morales como parte necesaria de la justificación externa de las decisiones judiciales).

El neoconstitucionalismo teórico (o como teoría) correspondería a una teoría del Derecho que persigue describir los logros del fenómeno de la constitucionalización originada después de la segunda guerra mundial. Esta teoría se caracterizaría, por una parte, por oponerse a las tesis asociadas al positivismo teórico (de acuerdo con la descripción de Bobbio) como el estatalismo, el legicentrismo o el formalismo interpretativo; y, por otra, por sostener algunas tesis teóricas del fenómeno de la constitucionalización, tales como: (i) la idea del efecto irradiador de las Constituciones, lo que implica la constitucionalización de todas las disciplinas jurídicas (la idea expresada en Comanducci como la existencia de una Constitución “invasora”)⁷⁰; (ii) la importancia del catálogo de derechos fundamentales de las constituciones contemporáneas; (iii) la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas; y (iv) la idea de que existen particularidades de la interpretación constitucional respecto de la interpretación de la ley.

⁶⁹ Comanducci, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. En: *Isonomía*. Num. 16, 2002, pp. 89-112.

⁷⁰ *Ibíd*, p. 97.

En lo que se refiere al neoconstitucionalismo ideológico (o como ideología) lo que consideraría es que (i) en los ordenamientos constitucionales y democráticos contemporáneos se presenta una conexión necesaria entre Derecho y moral; (ii) la función del ordenamiento jurídico es la garantía de los derechos fundamentales, más que la limitación del poder estatal; (iii) el poder estatal sirve a la justicia y a los derechos fundamentales; y, por todo lo anterior, (iv) existe un deber moral de obedecer el Derecho.⁷¹

Para el profesor Riccardo Guastini, en cambio, el neoconstitucionalismo no es una nueva filosofía (o teoría) del Derecho que cuente con un componente metodológico, uno teórico y uno ideológico, tal como lo describió Comanducci. Por el contrario, el neoconstitucionalismo parece ser más un cúmulo de posturas axiológicas y normativas del Derecho, y unas reducidas tesis que pueden ser consideradas como genuinamente teóricas⁷².

Dentro de las tesis teóricas del neoconstitucionalismo, Guastini identifica dos: (i) la tesis de la conexión entre el Derecho y la justicia (o la moral); y (ii) la tesis según la cual los principios, a diferencia de las reglas, se aplican no por vía de subsunción, sino por vía de ponderación⁷³.

En cambio, dentro de las principales posturas axiológicas y normativas del neoconstitucionalismo, el profesor Guastini identifica por lo menos doce posturas: (i) la superioridad axiológica de la Constitución sobre la ley; (ii) la idea de que la Constitución tiene no solamente, o no tanto, la función de limitar el poder político, sino sobre todo, la función de modelar la sociedad y, por tanto, no tiene solamente la función de prevenir (en negativo) una legislación lesiva de derechos, sino también la función de orientar (en positivo) a toda la legislación en su conjunto; (iii) la idea de que la Constitución, con ocasión de los principios, carece de lagunas y que, por tanto, existen reducidos márgenes de discrecionalidad política del legislador; (iv) la idea de que las constituciones democráticas incorporan principios de justicia objetivos, de allí que sean justas y exista un deber moral

⁷¹ *Ibíd.*, pp. 99-101.

⁷² Guastini, Riccardo. "A propósito del neoconstitucionalismo". *Op. Cit.*, p. 149.

⁷³ *Ibíd.*, p. 155.

de obedecerlas; (v) la superioridad axiológica de los principios sobre las reglas; (vi) la idea de que todas las reglas pueden contar con excepciones implícitas a la luz de los principios del sistema, con el propósito de que todos los casos concretos tengan una solución justa; (vii) la superioridad axiológica de las normas que confieren derechos sobre aquellas que organizan los poderes públicos; (viii) la idea de que las normas materiales de la Constitución regulan no solamente las relaciones verticales entre el Estado y los ciudadanos, sino también las relaciones horizontales (“privadas”) entre ciudadanos, y por tanto deben encontrar aplicación directa en la jurisprudencia civil, penal, administrativa, etc.; (ix) la idea de que exista una estrecha relación en el Derecho y la justicia; (x) la idea de que el Derecho cuando sea justo debe ser obedecido; (xi) la desvalorización del modelo de ciencia jurídica como discurso meramente cognitivo y avalorativo característico del positivismo metodológico; y (xii) la idea de que la ciencia jurídica debe ser una ciencia “práctica” y “normativa” que oriente a la jurisprudencia y a la legislación.⁷⁴

Por su parte, el profesor Giovanni Battista Ratti no solamente advierte las distintas posibles acepciones del vocablo “neoconstitucionalismo”, sino que al tratarlo como una concepción teórica del Derecho distingue entre “neoconstitucionalismo negativo” y en “neoconstitucionalismo positivo”. El primero se refiere a una concepción teórica que se define por la negación de las tesis de otras corrientes teóricas: el iuspositivismo y el iusnaturalismo. Mientras que el segundo se refiere a una concepción teórica del Derecho que defiende (afirma) ciertas tesis teóricas⁷⁵.

En lo que se refiere al “neoconstitucionalismo negativo”, la negación del positivismo jurídico se puede caracterizar de la siguiente forma: (i) en cuanto a la política judicial, los neoconstitucionalistas a) rehúsan la lectura literal de las disposiciones constitucionales y de la ley, b) prefieren las interpretaciones integradoras y holistas de la Constitución y del ordenamiento jurídico, c) promueven una lectura moral de la Constitución, d) son favorables a la integración de las lagunas constitucionales, especialmente en la ampliación de derechos subjetivos, e) promueven la creación de jerarquías axiológicas entre normas,

⁷⁴ *Ibíd.*, pp. 153-155.

⁷⁵ Battista Ratti, Giovanni. “Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo”. *Op. Cit.*, pp. 232-234.

se trate bien del mismo tipo de normas con el mismo rango en la jerarquía de fuentes (ej: dos reglas constitucionales, donde una se considera vale más que la otra), bien de distintos tipos de normas con el mismo rango en la jerarquía de fuentes (ej: un principios constitucional respecto de una regla constitucional), o bien entre normas de diferente rango en la jerarquía de fuentes; (ii) en cuanto a la teoría del Derecho, los neoconstitucionalistas, por una parte, rechazan algunas de las tesis de lo que Bobbio denominó el positivismo teórico, en particular rechazan el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo; y, por otra, niegan que todas las normas se apliquen de manera taxativa o “todo o nada”; y (iii) en cuanto a la metodología jurídica, los neoconstitucionalistas, por una parte, niegan la separación entre el Derecho y la moral; y, por otra, critican el carácter avalorativo de la ciencia jurídica y la separación tajante entre el ser y el deber ser, estimando, por el contrario, que la ciencia jurídica debe recurrir a la moral a) para identificar el Derecho vigente, y b) para denunciar los defectos del Derecho dictado por las autoridades normativas (como el legislador) en la medida en que no estén conformes con los principios morales incorporados en el ordenamiento jurídico.⁷⁶

En cuanto la negación del iusnaturalismo, los límites y diferencias son más difusos, pero se podrían caracterizar de la siguiente forma: (i) en cuanto a la teoría del Derecho, los iusnaturalistas consideran que los principios son los axiomas de los cuales se derivan, por deducción, las normas de detalle; en cambio, los neoconstitucionalistas consideran que los principios se definen justamente por no ser susceptibles de desarrollo deductivo; y (ii) en cuanto a la metodología jurídica, si bien se mantiene la unión entre Derecho y moral, los iusnaturalistas niegan que el Derecho que carece de justicia sea verdadero Derecho; en cambio, los neoconstitucionalistas debilitan dicha tesis al afirmar que el Derecho para poder ser tal debe pretender ser justo aunque no llegue a serlo.⁷⁷

Esto en cuanto se refiere al “neoconstitucionalismo negativo”. En lo que atañe al “neoconstitucionalismo positivo”, este se puede caracterizar por lo menos por ocho tesis: (i) el Derecho de los estados constitucionales es una combinación de reglas y principios;

⁷⁶ *Ibíd.*, pp. 234-239.

⁷⁷ *Ibíd.*, pp. 239-244.

(ii) las reglas y los principios de un ordenamiento son aptos para configurar un conjunto sistemático de normas; (iii) las constituciones contemporáneas incorporan valores morales, lo que ha creado una conexión relevante entre el Derecho y la moral; (iv) esta incorporación conlleva el deber de interpretar las disposiciones constitucionales mediante una lectura moral; (v) toda norma jurídica es derrotable; (vi) algunos estándares jurídicos requieren de un razonamiento ponderativo o de balance, opuesto al tradicional razonamiento subsuntivo; (vii) los jueces pueden llegar a decidir cualquier controversia interpretando holísticamente las disposiciones jurídicas; y (viii) las normas jurídicas no pueden contener cualquier contenido, porque se encuentran determinadas en última instancia por juicios morales.⁷⁸

El profesor Manuel Atienza es crítico a las caracterizaciones dadas con anterioridad, debido principalmente a que considera (i) que no aportan mayor claridad sobre el tema, (ii) porque en palabras de Luis Prieto Sanchis, es una corriente teórica con muy pocos militantes (la mayoría de autores que se considera son iusnaturalistas, de acuerdo con las descripciones anteriores, no se afirman o consideran así mismos como tales. Ej: Luigi Ferrajoli y Robert Alexy); (iii) porque genera imprecisiones terminológicas: si existe una teoría neoconstitucionalista, debió existir una teoría constitucionalista del Derecho y algo así en el campo teórico jurídico no ha existido; y (iv) porque se tiende a englobar dentro de una misma corriente a pensadores de muy distintas características (como Dworkin, Ferrajoli, Zagrebelsky, entre otros).

De allí que el profesor Atienza considere importante, por una parte, identificar como neoconstitucionalistas solamente a aquellos autores que expresamente se autodenominen así (como Alfonso García Figuerola)⁷⁹; y, por otra, realizar algunas precisiones sobre las distinciones entre las distintas corrientes teóricas del Derecho.

En particular, considera Atienza que se deben distinguir entre las corrientes que consideran que la teoría del Derecho tradicional sirve para explicar los ordenamientos jurídicos

⁷⁸ *Ibíd.*, pp. 244-257.

⁷⁹ Cfr. García Figuerola, Alfonso. «En defensa de “neoconstitucionalismo” y del neoconstitucionalismo». En: *Revista i-Latina*, 2019, pp. 1-16.

después de la constitucionalización del Derecho de posguerra (algunas corrientes iusnaturalistas y iuspositivistas), y aquellas corrientes teóricas que consideran que se debe ajustar y actualizar la teoría jurídica para responder a los desafíos de los nuevos estados constitucionales y a la constitucionalización. Dentro de estas últimas corrientes, a su turno, se deben distinguir: (i) los constitucionalistas iuspositivistas (como Ferrajoli); (ii) los constitucionalistas no positivistas o postpositivistas (como Dworkin, Alexy, Nino o Zagrebelsky); (iii) los neoconstitucionalistas (como Alfonso García Figueroa); y (iv) los constitucionalistas iusnaturalistas (como Rodolfo Vigo)⁸⁰.

Es así como, manteniendo la distinción entre autores postpositivistas y neoconstitucionalistas, considero que el neoconstitucionalismo como perspectiva teórica del Derecho se puede identificar, por lo menos, con siete tesis: (i) la tesis de la constitucionalización del Derecho; (ii) la tesis de la moralización de las constituciones; (iii) la tesis monista de la naturaleza del Derecho; (iv) la tesis del objetivismo moral; (v) la tesis monista de las normas de mandato; (vi) la tesis monista de la aplicación de las normas de mandato; y (vii) la tesis del conocimiento valorativamente comprometido del Derecho.

Primera tesis: la tesis de la constitucionalización del Derecho. Esta tesis a su turno se puede identificar con varias subtesis. En primer lugar, con la tesis de que en la jerarquía de fuentes de todo ordenamiento jurídico las normas Constitucionales son las “normas de normas”, es decir, que la Constitución se encuentra en el vértice de la jerarquía de fuentes. En segundo lugar, la tesis según la cual las normas constitucionales cuentan con una jerarquía axiológica respecto de las demás normas del ordenamiento. En tercer lugar, las normas constitucionales irradian e informan todo el sistema jurídico. Todas las disciplinas jurídicas responden a la axiología de las normas constitucionales (constitucionalización del derecho civil, del derecho penal, del derecho procesal, etc.). Y, en cuarto lugar, las normas constitucionales no solamente rigen la organización y ejercicio del poder estatal, sino también las relaciones entre los particulares (efecto horizontal de la Constitución).

⁸⁰ Atienza, Manuel. *Filosofía del Derecho y transformación social*. Op. Cit., p. 129.

Segunda tesis: la tesis de la moralización de las constituciones. De acuerdo con esta tesis las Constituciones en su parte dogmática incorporan los principios de justicia que deben regir las instituciones sociales y la vida en sociedad. Los principios y derechos constitucionales representan un punto de encuentro entre la moral y el Derecho. De allí que, si los ordenamientos jurídicos se han constitucionalizado y las constituciones se han moralizado, entonces los ordenamientos jurídicos contemporáneos se han moralizado.

Tercera tesis: la tesis monista de la naturaleza del Derecho. De acuerdo con esta tesis, el Derecho es esencialmente axiología, la materia prima del Derecho son los valores morales constitucionalizados. No es un aspecto central del Derecho contemporáneo su carácter autoritativo u organizativo, entre otras, porque los principios constitucionales (morales) siempre pueden derrotar la aplicación de las normas expedidas por una autoridad normativa determinada.

Cuarta tesis: la tesis del objetivismo moral. De acuerdo con esta tesis, todo neoconstitucionalista afirma la objetividad de los juicios morales. No obstante, se debe tener en cuenta que los neoconstitucionalistas pueden ser objetivistas de distinto tipo. Pueden ser o bien realistas morales (objetivistas intuicionistas o racionalistas) o bien objetivistas mínimos (o constructivistas).

Quinta tesis: la tesis monista de las normas de mandato. Esta tesis no implica que no se reconozcan diferencias estructurales entre reglas y principios; simplemente implica que en el ordenamiento jurídico las normas que cuentan con mayor relevancia (con una jerarquía axiológica) son los principios. Los principios tienen mayor jerarquía que las reglas y una regla siempre puede ceder ante un principio. En realidad, todo ordenamiento jurídico contemporáneo puede ser visto como la aplicación directa de los principios constitucionales.

Sexta tesis: la tesis monista de la aplicación de las normas de mandato. De acuerdo con esta tesis, la aplicación de las normas en el Derecho se da principalmente mediante la

ponderación. Entre más ponderación mejor. Al decir del profesor Atienza, los neoconstitucionalistas parecen ser “borrachos de la ponderación”⁸¹.

Séptima tesis: la tesis del conocimiento valorativamente comprometido del Derecho. De acuerdo con esta tesis, el conocimiento del Derecho no puede ser “puro” en el doble sentido del término: (i) no puede ser un conocimiento independiente y autónomo del conocimiento moral; y (ii) no puede, ni debe, ser un conocimiento puramente descriptivo del Derecho, toda ciencia jurídica requiere de elementos valorativos y prescriptivos.

▪ El iuspositivismo⁸²

Para comprender el iuspositivismo es preciso tener en cuenta: (i) las diferencias entre las distintas corrientes iuspositivistas de acuerdo con la que se considera es la “materia prima” del Derecho; (ii) las diferencias entre distintos tipos de iuspositivismo en relación con la moral; y (iii) el positivismo como una postura metodológica, teórica o ideológica de acuerdo con la clasificación de Norberto Bobbio.

Frente a la **primera distinción**, se puede considerar que existen tres tipos de iuspositivismo: el positivismo normativista (como el de Kelsen, Bobbio, García Amado y Ferrajoli); el positivismo empirista o realismo jurídico (como el de Alf Ross, Tarello, Guastini, Comanducci, Chiassoni, etc.)⁸³; y el positivismo institucionalista (como el de Santi Romano).

⁸¹ Universidad de Castilla – La Mancha, 19 de febrero de 2021. *Ponencia – contraoponencia. Manuel Atienza y Luiz Amado – V Ed. Del título de justicia constitucional*. [Archivo de vídeo]. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=pc0PwRsBF-4&t=4009s>. Min: 52:09.

⁸² Para el profesor Juan Ruiz Manero el positivismo jurídico más que un paradigma o tipo de teoría jurídica se ha convertido en una “atmósfera cultural” que sirve de trasfondo a la producción teórica del derecho. Ruiz Manero, Juan. “Bobbio y el positivismo. La triple distinción y el propio Bobbio”. En: *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, núm. 26, 2015, pp. 13-18. Disponible en: <https://journals.openedition.org/revus/3324>

⁸³ El realismo jurídico se puede caracterizar por las siguientes tesis: (i) la tesis empirista del Derecho, (ii) la tesis de la separación empírica entre Derecho y moral, (iii) la tesis del emotivismo ético, y (iv) la tesis del escepticismo interpretativo. La tesis que denomino empirista del Derecho corresponde a la idea de que el Derecho es un conjunto de hechos sociales y no un conjunto o sistema de normas. Los principales hechos sociales del Derecho son las conductas de los jueces, de allí la importancia de la predictibilidad de sus decisiones. De acuerdo con la segunda tesis, el Derecho es algo empíricamente diferente a la moral (no solo conceptualmente diferente, como sostienen los iuspositivistas). Una cosa es el conocimiento del Derecho y otra muy distinta su valoración moral.

Estos tres tipos de positivismo jurídico coinciden en compartir las tres tesis del positivismo metodológico (la tesis de las fuentes sociales del Derecho, la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral, y la tesis de la posibilidad de un conocimiento valorativamente neutro del Derecho). Sin embargo, divergen sobre la “materia prima” de lo jurídico. Para los positivistas normativistas el objeto del Derecho son las normas jurídicas; para los positivistas empiristas el objeto del Derecho son hechos o prácticas sociales (la práctica de los juristas)⁸⁴; mientras que para los positivistas institucionalistas el objeto del Derecho son las instituciones jurídicas.

Frente a la **segunda distinción**, desde finales del siglo pasado, especialmente en el contexto anglosajón, se ha empezado a difundir la distinción entre positivismo incluyente y excluyente. Ambos tipos de positivismo consideran que no existe una conexión necesaria (esencial) entre el Derecho y la moral. Sin embargo, la diferencia radica en que el positivismo incluyente afirma que puede existir una conexión entre el Derecho y la moral, pero esta es eminentemente contingente.

En palabras del profesor Alexy, el positivismo excluyente “mantiene que la moral está necesariamente excluida del concepto de Derecho”⁸⁵, mientras que el positivismo

La tercera tesis considera que los valores éticos no son proposiciones verdaderas o falsas (apofánticas), por el contrario, son expresión de las emociones de quienes los formulan. Y la tesis del escepticismo interpretativo implica que las interpretaciones jurídicas no son ni verdaderas ni falsas. Por interpretación jurídica se entiende la atribución de significado a una disposición normativa (enunciado lingüístico expresado en una fuente del Derecho). Por una parte, toda disposición jurídica tiene más de un significado (es equívoca). Y, por otra, todo caso se puede convertir en un caso difícil por los distintos instrumentos interpretativos con que cuentan los juristas. Barberis, Mauro. “El realismo jurídico Europeo-continental”. En: Fabra Zamora, Jorge Luis & Núñez Vaquero, Álvaro (eds.): *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. Volumen Uno*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, pp. 235-236.

⁸⁴ Muchos tienden a considerar al iusrealismo como un paradigma del Derecho autónomo, independiente del iuspositivismo; sin embargo, parte de los iusrealistas contemporáneos (como los genoveses) se autoproclaman a la vez como positivistas metodológicos. En palabras del profesor Riccardo Guastini: “Estas tres características del PJ [Positivismo jurídico] contemporáneo son compartidas por el realismo jurídico (Bobbio 1965, 156), que combina una concepción empírica del conocimiento jurídico con una tesis escéptica sobre la interpretación. El realismo jurídico es una visión abiertamente positivista sobre el derecho. Sin duda, no todos los juristas positivistas son realistas, pero todos los realistas son positivistas (“duros”)”. Guastini, Riccardo. “El realismo jurídico como teoría positivista del derecho”. En: *Isonomía*, 2020, núm. 53, pp. 127-137.

⁸⁵ Alexy, Robert. “En torno al concepto y la naturaleza del Derecho”. Op. Cit., p. 80.

incluyente sostiene que “la moral no está necesariamente excluida ni necesariamente incluida. Declara que la inclusión es contingente o un asunto convencional”⁸⁶. Dentro de los principales autores que han defendido esta segunda versión del positivismo (la versión incluyente) se encuentran: Jules Coleman, David Lyons, Philip Soper, Will Waluchow, y en el contexto de habla hispana el profesor José Juan Moreso⁸⁷.

A esta explicación general sobre la distinción entre positivismo jurídico incluyente y excluyente presentada por el profesor Robert Alexy, se pueden agregar algunas distinciones analíticas relevantes empleadas por el profesor Pierluigi Chiassoni. Para el profesor Chiassoni en realidad existen tres tipos de positivismo jurídico “incluyente”: el positivismo incluyente estándar, el positivismo incluyente extremo, y el positivismo incluyente hartiano⁸⁸.

El “**positivismo incluyente estándar**”, de acuerdo con la descripción de Chiassoni, se caracteriza por seis tesis teóricas: (i) la tesis de la convencionalidad; (ii) la tesis de la separación contingente (“separabilidad”); (iii) la tesis de la incorporación automática; (iv) la tesis de la indeterminación marginal; (v) la tesis de los límites convencionales; y (vi) la tesis de la discrecionalidad cuasilegislativa.

La tesis de la convencionalidad sostiene a) que la existencia del derecho en una determinada sociedad depende de la existencia de una norma consuetudinaria suprema (lo que Hart denominó la “regla de reconocimiento”) producida por hechos sociales; b) que tal norma establece cuáles son las “fuentes del derecho” o criterios de “juridicidad” o de “validez jurídica”; c) que los hechos sociales de los cuales dependen la existencia y el contenido de la regla de reconocimiento son las “fuentes de las fuentes del derecho”; d) las “fuentes de las fuentes del derecho” pueden hacer que las reglas de reconocimiento adscriban a algunos principios morales el valor de “fuentes del derecho” y de criterios de juridicidad o de validez jurídica.

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ Chiassoni, Pierluigi. “Positivismo jurídico: una investigación analítica”. En: *El discreto placer del positivismo jurídico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

⁸⁸

La tesis de la separación contingente (“separabilidad”) sostiene que no necesariamente la moralidad de una norma es condición de su juridicidad. La presencia de los principios morales dentro de las fuentes del derecho es un hecho eventual o contingente en nuestras sociedades.

La tesis de la incorporación automática sostiene a) que cada vez que las meta-fuentes de un derecho positivo incluyan entre las fuentes principios morales, tales principios son automáticamente incorporados al derecho positivo; y b) el significado de tal incorporación puede ser una cuestión esencialmente controvertida, puede ser objeto de desacuerdos entre juristas (desacuerdos interpretativos), que se resuelven mediante argumentaciones morales.

La tesis de la indeterminación marginal sostiene que la indeterminación semántica de las normas jurídicas siempre tiene un alcance marginal y esto se mantiene así aun cuando en el Derecho se incorporen principios morales. Esto se debe a que a) también respecto de los principios morales positivizados se puede trazar la distinción entre “casos fáciles” (casos claros, cuya disciplina jurídica está determinada) y “casos difíciles” (casos dudosos, cuya disciplina jurídica es indeterminada); b) los casos fáciles se verifican ante la presencia de “conceptos morales gruesos” y en relación con el área de su significado convencional determinado; y c) los casos difíciles se verifican en presencia de “conceptos morales sutiles” como “bien”, “justo”, “deber”, “mal”, pues, por definición, estos conceptos no tienen significados convencionales determinados.

La tesis de los límites convencionales sostiene que a) los límites del Derecho de una comunidad dependen siempre y exclusivamente de hechos sociales; b) la determinación de los límites del Derecho es posible también en relación con los principios morales eventualmente incorporados al derecho positivo; c) en todo caso, el Derecho llega hasta donde llega el significado convencional determinado de sus normas y los conceptos en ellas utilizados, y, por tanto, en el caso de los principios llega hasta donde llega el significado convencional determinado de los conceptos morales invocados.

Y, por último, la tesis de la discrecionalidad cuasi-legislativa sostiene que los jueces tienen una discrecionalidad cuasi-legislativa (lo que Dworkin denomina “discrecionalidad fuerte”)

en tres casos: a) cuando se trata de aplicar conceptos no-morales semánticamente indeterminados, b) cuando se trata de aplicar conceptos morales sutiles, y c) en presencia de casos que se encuentran en la zona de penumbra de conceptos morales gruesos.

Por su parte, el “**positivismo incluyente extremo**”, según el profesor Chiassoni, se caracteriza por seis tesis teóricas: (i) la tesis de la convencionalidad; (ii) la tesis de la separación contingente (“separabilidad”); (iii) la tesis de la incorporación automática; (iv) la tesis de la indeterminación interpretativa; (v) la tesis de los límites argumentativos; y (vi) la tesis de la discrecionalidad prudente.

Las primeras tres tesis (de la convencionalidad, de la separación contingente y de la incorporación automática) son compartidas con el “positivismo incluyente estándar”, por lo que aplican las mismas descripciones dadas con anterioridad. Las últimas tres tesis son las que marcan la diferencia.

La tesis de la indeterminación interpretativa sostiene que la indeterminación del Derecho no es un fenómeno propiamente lingüístico que depende de la indeterminación semántica de los conceptos jurídicos. En realidad, se trata de una indeterminación interpretativa: esta forma de indeterminación se presenta cuando hay más de una solución jurídica razonable a la luz a) de los materiales jurídicos relevantes, b) los principios de la moral objetiva positivizada, y c) las formas de la argumentación interpretativa.

La tesis de los límites argumentativos sostiene que el Derecho en cada situación litigiosa llega hasta donde llega la argumentación moral interpretativa.

Y la tesis de la discrecionalidad prudente sostiene que cuando exista indeterminación interpretativa, los jueces gozan de una discrecionalidad débil, prudente o moderada. Los jueces deberían decidir con base en el juicio moral apoyado por la mejor argumentación moral que parezca apto para solucionar el caso de manera objetivamente correcta.

En lo que respecta al “**positivismo jurídico incluyente hartiano**”, este se caracterizaría por: (i) ser un ejemplo de teoría del derecho general y descriptiva; (ii) admitir que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico no se limita a establecer criterios formales de

validez, sino que también puede establecer principios morales o valores sustanciales como criterios de validez jurídica (mediante “disposiciones incluyentes”), sin renunciar a la tesis de la convencionalidad de la regla de reconocimiento; (iii) considerar que la inclusión de principios (incluyendo los de origen moral) en el Derecho reduce, pero no elimina, la indeterminación del Derecho y la discrecionalidad judicial; y (iv) defender algunas tesis teóricas como: a) la tesis de la lectura alternativa, b) la tesis de la cuestión abierta, y c) la tesis de la indiferencia práctica.

La tesis de la lectura alternativa sostiene que la presencia de “disposiciones incluyentes” en una regla de reconocimiento puede ser entendida de dos formas diversas: o bien como incorporación automática en el Derecho de todas las normas deducibles de los principios morales positivizados, o bien como una autorización a los jueces de producir nuevo derecho de acuerdo con tales principios.

La tesis de la cuestión abierta sostiene que desde un punto de vista teórico frente a la cuestión de la objetividad de los principios y juicios morales no es posible establecer cuál de los dos puntos de vista es preferible (objetivismo vs subjetivismo moral).

Y, por último, la tesis de la indiferencia práctica sostiene que no importa la tesis que se asuma sobre el estatus ontológico de los principios y juicios morales, ya que desde el punto de vista práctico los jueces siempre al aplicar las disposiciones incluyentes deben llevar a cabo el mejor juicio moral posible respecto de cada una de las cuestiones morales sobre las cuales deben decidir.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta una **tercera distinción**: la diferencia entre el positivismo como enfoque (postura metodológica), como teoría y como ideología⁸⁹.

Como enfoque o postura metodológica, el positivismo jurídico se identifica con dos tesis: (i) la tesis de las fuentes sociales del Derecho; (ii) la tesis de la separación conceptual entre

⁸⁹ Ruiz Manero, Juan. “Bobbio y el positivismo. La triple distinción y el propio Bobbio”. En: *Revus Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 2015, publicado en internet el 6 de marzo de 2016, pp.13-18. Disponible en: <http://journals.openedition.org/revus/3324>

Derecho y moral; a la cual se podría añadir (iii) la tesis de la posibilidad de un conocimiento valorativamente neutro del Derecho. En palabras del profesor Comanducci, el positivismo metodológico se sintetiza en la tesis de que se puede describir el derecho que es, distinguiéndolo del derecho que debe ser. Tesis que cuenta con dos corolarios (la tesis de las fuentes sociales del Derecho y tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral). Y, además, cuenta con un presupuesto: la separación entre el “ser” y el “deber ser”, por lo que no implica como presupuesto para ser iuspositivista una determinada tesis meta-ética. En otras palabras, pueden ser positivistas metodológicos tanto objetivistas morales como subjetivistas.

La primera tesis sostiene que solo es Derecho el derecho positivo. El derecho puesto por los seres humanos. En consecuencia, el Derecho es un producto social. Las fuentes que permiten identificarlo son sociales (v.gr. ciertos hechos sociales como la costumbre o ciertos actos de voluntad autoritativos como la ley). Por esta razón, se concibe que los ordenamientos jurídicos son fenómenos sociales variables históricamente (no universales ni inmutables).

De acuerdo con la segunda tesis, el Derecho no se identifica conceptualmente con la moral. Es decir, puede que empíricamente la moral y el Derecho se relacionen, pero la definición del Derecho no depende de la moral. El Derecho aunque injusto es Derecho.

Y, la tercera tesis es la de la posibilidad de un conocimiento valorativamente neutro del Derecho, de allí la “pureza” de la teoría jurídica. En este sentido, los iuspositivistas desde Kelsen tienden a distinguir entre la teoría del Derecho (la descripción valorativamente neutra del Derecho tal cuál es) y la política del Derecho (la valoración y prescripción sobre cómo debe ser el Derecho y su práctica).

El positivismo jurídico como teoría se trata de una tesis descriptiva de cómo son los ordenamientos jurídicos de derecho positivo. En otras palabras, es una teoría sobre las principales características de los distintos sistemas de derecho positivo. Estas características son: estatalismo (el Derecho es un conjunto de normas que emanan del Estado), coactividad (el Derecho implica el uso de la fuerza física), imperativismo o prescriptivismo (las normas que componen el derecho positivo son reglas de conducta),

legalismo (la principal fuente del Derecho es la ley), sistematicidad (los ordenamientos jurídicos se conciben como sistemas con unidad⁹⁰, completitud⁹¹ y consistencia⁹²), y deductivismo o logicismo (la dogmática jurídica y la actividad judicial implican un ejercicio lógico-deductivo a partir de normas).

Por último, el iuspositivismo como ideología es la corriente del pensamiento por la cual se considera que el derecho positivo por el simple hecho de serlo es moralmente justo. Bajo esta concepción existe un deber moral de obedecer el Derecho. Uno de los mayores representantes del positivismo ideológico es Thomas Hobbes, para quien la justicia no existe antes del pacto social, y para quien es el Estado (el “Leviatán”) el que define y delimita lo que es justo e injusto. En palabras de Hobbes, “(...) donde no ha precedido pacto, no ha sido transferido derecho, y todo hombre tiene derecho a toda cosa y, por consiguiente, ninguna acción puede ser injusta. Pero cuando se ha celebrado un pacto, entonces romperlo es injusto, y la definición de INJUSTICIA no es otra que el no cumplimiento del pacto, y todo aquello que no es injusto es justo”⁹³.

Estas distintas nociones del positivismo jurídico son independientes entre sí. Se puede ser un positivista metodológico, sin compartir las tesis del positivismo teórico, ni adoptar una postura ideológica sobre el mismo.

▪ **Teorías críticas del Derecho**

A mi juicio, las teorías críticas del derecho se pueden identificar por dos tesis: la tesis social del Derecho y la tesis de la falta de neutralidad política del Derecho. La primera tesis, que he denominado tesis social del Derecho, sostiene que el Derecho no tiene una autonomía absoluta⁹⁴ frente a las demás dimensiones, campos, o subsistemas de la sociedad (como

⁹⁰ La unidad de los sistemas jurídicos implica que existe un único fundamento de validez del sistema (v.gr. la norma fundamental en Kelsen o la regla de reconocimiento en Hart).

⁹¹ La completitud de los sistemas jurídicos se refiere a que no existan lagunas normativas.

⁹² La consistencia de los sistemas jurídicos hace alusión a que no se presenten antinomias entre las normas del sistema.

⁹³ Hobbes, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Bogotá D.C.: Editorial Planeta, 2018, p. 109.

⁹⁴ Un ejemplo de la pretensión de la autonomía absoluta del Derecho es la Teoría Pura del Derecho de Kelsen. De acuerdo con Kelsen, el Derecho se puede estudiar con independencia de los contextos sociales.

la economía y la política). El Derecho o tiene una suerte de autonomía relativa frente a lo social o se encuentra determinado por las demás esferas de lo social. La segunda tesis hace alusión a que el Derecho no es neutro políticamente. Esta tesis admite la consideración de que el Derecho es un instrumento de dominación; que el Derecho es un instrumento de emancipación social; o que el Derecho es un campo social en disputa que puede servir al mismo tiempo a la dominación o a la emancipación⁹⁵.

2.3.2 Breve historia de los paradigmas jurídicos

Los distintos paradigmas jurídicos dialogan entre sí. Por eso es importante tener un orden cronológico general que permita entender la lógica interna de estos diálogos. De forma breve y para nada detallada, se puede considerar el siguiente orden temporal: paradigma iusnaturalista (de la antigüedad a la actualidad); paradigma iuspositivista (de fines del siglo XVIII a la actualidad); paradigma iusrealista (de fines del siglo XIX e inicios del XX hasta la actualidad); paradigma postpositivista (desde la segunda mitad del siglo XX); y las teorías críticas del Derecho (desde la segunda mitad del siglo XX).

2.3.3 Escuelas del Derecho

La expresión Escuela jurídica o del Derecho ha sido utilizada para estudiar algunas corrientes del pensamiento jurídico (v.gr. la escuela de los glosadores y posglosadores). No obstante, no es una expresión que se haya empleado generalizadamente en todos los paradigmas del Derecho. Un ejemplo de esto es que en el paradigma iusnaturalista más que hablar de escuelas se habla de distintas tradiciones o corrientes. Sin embargo, a efectos comparativos entre distintos paradigmas del Derecho utilizaré la noción de escuela para comprender las distintas variaciones internas dentro de cada paradigma. Entendiendo

⁹⁵ García Villegas, Mauricio & Saffon, María Paula. "Introducción: un siglo de críticas jurídicas". En. *Crítica jurídica comparada*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto Unidad de Investigaciones jurídico-sociales Gerardo Molina – UNIJUS, 2011, pp. 9-25.

por Escuela el conjunto de autores que comparten problemas de investigación, enfoques metodológicos y algunas tesis sobre su objeto de estudio.

2.3.4 Cartografía a pequeña escala de las Escuelas del Derecho

En el presente apartado se busca presentar un mapa a pequeña escala que presente a nivel general, sin mayor detalle, las principales Escuelas del Derecho que se adscriben a los distintos paradigmas jurídicos y que nos brinde una orientación sobre el tema.

El profesor Boaventura de Sousa Santos ha planteado la posibilidad de realizar cartografías no solo físicas sino también simbólicas. Realizar mapas que detallen las distintas representaciones sociales. Dentro de estas representaciones sociales se encuentra el Derecho. Los mapas, nos indica Boaventura, pueden ser de pequeña o de gran escala. Entre más grande la escala más se gana en representación y más se pierde en orientación. Los mapas representan tensiones entre detalles y generalizaciones orientadoras.

En el presente caso se busca presentar un mapa a pequeña escala de las escuelas del derecho que se pueden adscribir a los distintos paradigmas jurídicos. Este mapa, por su escala, permite orientarse muy bien dentro de los distintos paradigmas; sin embargo, por su grado de generalidad, es poco detallado y no permite representar los detalles necesarios de cada escuela. Además, ante la ausencia de mayor detalle, pueden olvidarse discusiones no menores sobre las tesis que identifican los autores, la corrección interpretativa de ubicar a un autor en una u otra escuela, o pueden omitirse autores relevantes en la historia de la teoría jurídica que no se tuvieron en cuenta. Las clasificaciones siempre tienen una buena dosis de arbitrariedad. Espero que esta clasificación se someta a críticas y retroalimentaciones; no obstante, espero que no se pierda de vista la finalidad de esta cartografía: (i) comparar a grandes rasgos la historia de la teoría jurídica con la historia de la Teoría General del Proceso para encontrar desde el punto de vista histórico sus conexiones; y (ii) poder entender más fácilmente la ubicación de la Teoría General del Proceso predominante en Colombia dentro del amplio marco de la teoría jurídica.

El mapa que se presenta a continuación no es exhaustivo. No se exponen todas las posibles Escuelas del Derecho que han existido. Esto por dos razones: en primer lugar, por la ignorancia de quien escribe producto de un sesgo de su formación mayoritariamente eurocéntrica. Desconozco la riqueza de escuelas del pensamiento jurídico que puedan existir en otras tradiciones jurídicas como la asiática, la euro-asiática, la india, la africana. A su vez, no cuento con un mapa claro de las distintas corrientes del pensamiento jurídico latinoamericano. En segundo lugar, porque existen algunas exclusiones que se derivan de la posición de frontera de algunas escuelas jurídicas. Por ejemplo, el caso de la Escuela de los Glosadores. Su objeto de estudio era el Corpus Iuris Civilis de Justineano, obra que consideraron como la *ratio naturalis scripta*, es decir, como la razón natural escrita⁹⁶. Esto hizo que su objeto de estudio fueran las normas escritas de la codificación justineana y que su metodología de investigación se nutriera de las disciplinas del trívium medieval (la gramática, la retórica y la dialéctica)⁹⁷. Por esta razón, la Escuela de los glosadores partió de premisas iusnaturalistas (la idea de la razón natural) pero su metodología y objeto de estudio la acercan a los métodos empleados por las escuelas afines al iuspositivismo, en el sentido de concentrarse en la interpretación de textos.

2.3.4.1. Escuelas del paradigma iusnaturalista

Tabla 2-2: Escuelas del paradigma iusnaturalista.

Escuela	Autores
Iusnaturalismo clásico o antiguo	Sófocles Platón Aristóteles Cicerón Ulpiano Cayo Paulo

⁹⁶ Adams, Sandra. "El Derecho común: notas sobre una realidad histórico-jurídica". En: *Glossae. European Journal of Legal History*, núm. 14, 2017, pp. 11-26, p. 20. Disponible en: <http://www.glossae.eu/glossae-14-2017/>

⁹⁷ *Ibíd*, pp. 18-19.

<p>Iusnaturalismo teológico o medieval</p>	<p>San Agustín Santo Tomás Graciano San Isidoro de Sevilla Escoto</p>
<p>Iusnaturalismo moderno - contractualista</p>	<p>Hugo Grocio Thomas Hobbes Samuel Pufendorf John Locke Baruch Spinoza Inmanuel Kant Jean Jacques Rousseau</p>
<p>Iusnaturalismo contemporáneo</p>	<p>Ralph MacInerny Alasdair MacIntyre John Finnis Joseph Boyle Germain Grisez Robert P. George Michel Villey Georges Kalinowsky Sergio Cotta Vittorio Possenti Francesco D'Agostino Francesco Viola Javier Hervada Álvaro D'Ors Jesús Ballesteros Andrés Ollero Juan Vallet de Goytisolo Miguel Ayuso Francisco Carpintero Pedro Serna Carlos Ignacio Massini Correas Rodolfo Vigo Juan Alfredo Casaubón Tomás D. Casares Guido Soaje Ramos Bernardino Montejano Felix Adolfo Lamás Jorge Adame Mauricio Beuchot José Joaquín Ugarte</p>

	Joseph Pieper Robert Spaemann Martin Rhonheimer
--	---

Fuente: elaboración propia

2.3.4.2. Escuelas del paradigma iuspositivista

Tabla 2-3: Escuelas del paradigma iuspositivista.

		Escuela	Autores
Formalismo jurídico	Formalismo legal	La Exégesis francesa	Duranton Bugnet Demelombe
	Formalismo histórico	Escuela histórica del Derecho	Gustav Hugo Eichhorn Grimm Beseler Savigny Puchta
	Formalismo conceptual	La jurisprudencia de conceptos alemana (Pandectística)	Ihering Windscheid
	Formalismo jurisprudencial	La jurisprudencia analítica inglesa	Bentham Austin
	Revuelta contra el formalismo legal	Escuela del derecho libre y de la libre investigación científica del Derecho ⁹⁸	Eugen Ehrlich Francois Géný
	Revuelta contra el	La jurisprudencia de intereses alemana	Ihering Felipe Heck

⁹⁸ Se debe poner de presente que para algunos autores las posturas de Francois Géný más que iuspositivistas son iusnaturalistas por su idea de que la libre investigación del jurisconsulto debe guiarse por el ideal de justicia. De Villamor Morgan-Evans, Elisenda. "La libre investigación científica en el sistema jurídico continental: la teoría de Francois Géný". En: *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, núm. 19, 2001-2002, pp. 431-447, pp. 439-440. Pese a lo anterior se clasifica a Géný dentro del paradigma iuspositivista porque, atendiendo a las dos tesis tanto del paradigma iusnaturalista como iuspositivista, es posible afirmar que se adhiere a la tesis del derecho natural, pero al mismo tiempo asimila la tesis de la separación conceptual del derecho y la moral. Géný no le resta valor a la ley ni al derecho positivo, ni considera que el derecho positivo deje de ser derecho por su injusticia, simplemente reconoce que ante lagunas normativas y ante las exigencias de la vida, el intérprete debe guiarse por la justicia en su libre investigación.

Revolta contra el formalismo jurídico	formalismo conceptual		
	Positivismo autoritario (S.XX)		Carl Schmidt
	Positivismo normativista del S. XX	Positivismo jurídico normativista (excluyente) - liberal	Kelsen Bobbio Juan Antonio García Amado Joseph Raz Scott Shapiro Andrei Marmor
		Positivismo jurídico metodológico o analítico (incluyente)	H.L.A. Hart
		Positivismo jurídico incluyente	José Juan Moreso Jules Coleman Matthew Kramer
		Positivismo jurídico garantista	Luigi Ferrajoli
	Positivismo empirista (realismo jurídico)	Realismo norteamericano	Oliver Wendell Holmes Karl Llewellyn Underhill Moore Walter Wheeler Cook Herman Oliphant Leon Green Jerome Frank
		Realismo escandinavo	Axel Hägerström Wilhelm Lundstedt Karl Olivercrona Alf Ross Ingemar Hedenius Theodor Geiger
		Realismo francés	Michel Troper

		Realismo italiano (genovés)	Giovanni Tarello Silvana Castignone Susanna Pozzolo Enrico Pattaro Riccardo Guastini Paolo Comanducci Mauro Barberis Pierluigi Chiassoni Giovanni Battista Ratti
		Positivismo institucionalista del S. XX	Neil MacCormick Maurice Hauriou Santi Romano

Fuente: elaboración propia

2.3.4.3. Paradigma postpositivista

Desde mi punto de vista no es claro que se pueda clasificar el paradigma postpositivista del Derecho en una pluralidad de escuelas o corrientes disimiles con matices diferenciadores entre sí. Puede que existan posturas encontradas entre los autores postpositivistas en diversos temas (como es natural en cualquier contexto académico), como, por ejemplo, en materia de ponderación de principios: algunos consideran que el balanceo en Dworkin es diferente a la ponderación alexyana, y Atienza, por ejemplo, critica la fórmula matemática del peso en Alexy. Sin embargo, no parece que estas diferencias den para clasificar escuelas, por eso solamente se reseñan los principales autores de este paradigma.

Tabla 2-4: Autores del paradigma postpositivista.

Paradigma	Autores
-----------	---------

Postpositivismo	Ronald Dworkin Carlos Santiago Nino Robert Alexy Manuel Atienza Neil MacCormick
------------------------	---

Fuente: elaboración propia

2.3.4.4. Paradigma neoconstitucionalista

Igual que en el caso del postpositivismo, estimo que el neoconstitucionalismo es un paradigma del Derecho que en la actualidad no permite clasificar entre escuelas o distintas corrientes del pensamiento jurídico. Especialmente cuando, como se ha mencionado antes, se trata de un paradigma con pocos militantes. Muchos autores hablan de neoconstitucionalismo, pero pocos se autoafirman como tales.

Tabla 2-5: Autores del paradigma neoconstitucionalista.

Paradigma	Autores
Neoconstitucionalismo	Alfonso García Figueroa Santiago Sastre Pereira de Souza Neto Rodolfo Vigo

Fuente: elaboración propia

2.3.4.5. Escuelas de las teorías críticas del Derecho⁹⁹

Tabla 2-6: Escuelas de las teorías críticas del Derecho.

Tipo de crítica	Escuela	Autores
	Jurisprudencia sociológica de los Estados Unidos	Roscoe Pound

⁹⁹ Información tomada de: García Villegas, Mauricio & Saffon, María Paula. "Introducción: un siglo de críticas jurídicas". En. *Crítica jurídica comparada*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto Unidad de Investigaciones jurídico-sociales Gerardo Molina – UNIJUS, 2011, pp. 9-25; y de García Villegas, Mauricio & Saffon, María Paula. "Crítica jurídica en Brasil, Argentina y Colombia (1960-1990)". En. *Crítica jurídica comparada*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto Unidad de Investigaciones jurídico-sociales Gerardo Molina – UNIJUS, 2011, pp. 143-175.

Crítica interna a la autonomía del derecho	Teoría del derecho social en Francia	León Duguit
Crítica externa a la autonomía del derecho	Crítica sociológica del derecho	Roger Cotterrell
	Estudios de conciencia legal en Estados Unidos	Sarat Silbey Ewick
Crítica externa a la autonomía del derecho	Movimiento del Derecho alternativo en Brasil	Edmundo Lima Arruda Jr. Horacio Wanderley Rodrigues Antonio Carlos Wolkmer
	Estudios Críticos del Derecho - CLS	Duncan Kennedy Roberto Unger
Crítica interna al derecho como dominación	Crítica feminista	Catherine Mackinnon
	Teoría racial crítica	Kimberle Grenshaw Neil Gotanda
Crítica externa al derecho como dominación	Teoría crítica marxista	Karl Marx Pashukanis N. G. Alexandrov Stucka Reisner Vyshinsky Sergei Golunski Mikail Strogovich
	Escuela francesa de crítica del derecho	Michel Mialle Antoine Jeammaud
	Corrientes críticas de Argentina	Enrique Marí Carlos María Cárcova Alicia Ruiz
	Corrientes críticas de Colombia	Víctor Manuel Moncayo Fernando Rojas Gilberto Tobón

Fuente: elaboración propia

2.4 Enfoques metodológicos de la Teoría del Derecho

No todos los teóricos del Derecho llevan a cabo el mismo tipo de teoría jurídica. Esto se debe fundamentalmente a que parten de enfoques metodológicos diversos. Para reconstruir los enfoques metodológicos de la teoría del Derecho los dividiré en dos grupos: por una parte, se encuentran los enfoques analíticos de la teoría del Derecho; y, por otra, los enfoques que denomino sintéticos.

Los enfoques analíticos se caracterizan (i) por partir de una distinción tajante entre el “ser” y el “deber ser”, o en sentido estricto, entre el lenguaje en función descriptiva (que por regla general brindan información sobre la realidad) y en función prescriptiva (juicios de valor y prescripciones); con base en la anterior distinción, (ii) por marcar una distinción tajante entre la teoría del Derecho (función descriptiva del lenguaje) y la política o ideología del Derecho (función prescriptiva del lenguaje); y (iii) por estimar que la labor de toda teoría del Derecho es meramente descriptiva y conceptual del Derecho como práctica. Es por esto que para los teóricos analíticos del Derecho, la labor teórica consiste principalmente en elaborar un aparato conceptual que permita describir de forma valorativamente neutra el Derecho tal como es en la práctica.

En cambio, por otra parte, existen enfoques sintéticos del Derecho, los cuales se caracterizan por considerar que toda labor teórica en el Derecho no puede ser solamente una actividad analítica (conceptual y descriptiva), sino que también debe ser una actividad prescriptiva (valorativa y prescriptiva en sentido estricto). Sin embargo, dentro de este tipo de enfoques podemos encontrar por lo menos tres variaciones.

En primer lugar, se encuentran las teorías del Derecho cuyo componente prescriptivo y valorativo se fundamenta de forma exclusiva la filosofía moral. Este sería el caso típico de las teorías del Derecho de corte iusnaturalistas.

En segundo lugar, se encuentran las teorías del Derecho cuyo componente prescriptivo y valorativo se fundamenta tanto en la filosofía moral como en la filosofía política y que ven en las constituciones contemporáneas el punto de encuentro entre el objetivismo moral y la justicia en el ordenamiento y estructura de las instituciones políticas del Estado. Este sería el caso de la mayoría de postpositivistas que al abordar las dimensiones del Derecho

se fundamentan en diversas disciplinas: la fundamentación del carácter autoritativo del Derecho en la filosofía política y la fundamentación del carácter finalístico o axiológico en la filosofía moral.

Y, por último, se encuentran las teorías del Derecho cuyo componente prescriptivo y valorativo se fundamenta especialmente en la filosofía política y en la teoría social (o sociológica). Este tipo de teorías suelen evitar recurrir directamente a fundamentaciones basadas en la filosofía moral por adscribir una postura subjetivista en metaética. Ejemplos de este tipo de teorías son el positivismo normativista de Luigi Ferrajoli y de Juan Antonio García Amado. Se trata de una defensa del positivismo jurídico y de sus principales tesis debido a la defensa de su concepción de la legitimidad política de la democracia constitucional.

2.5 Dimensiones de la Teoría Jurídica

En el marco de los paradigmas y escuelas iusteóricas presentadas, y de los distintos enfoques metodológicos, se discute sobre cuáles son las funciones que debe cumplir la teoría jurídica. Dentro de la visión más amplia¹⁰⁰, como la asumida por Bernd Rüthers, la teoría del derecho puede cumplir una función empírica, analítica y normativa. La función empírica se centra en la observación sistemática de distintos objetos, especialmente de las leyes y sus manifestaciones y de los comportamientos sociales de los hombres y su relación con las normas. La función analítica centra su objeto en el estudio del lenguaje jurídico, en la estructura de las normas y en el sistema jurídico. Por último; la función normativa se centra en el estudio del concepto de Derecho, sus razones de validez y los métodos empleados en la aplicación del derecho, en la teoría de los contenidos jurídicos y en la pregunta por el derecho correcto y justo.¹⁰¹

¹⁰⁰ La expresión “dentro de la visión más amplia” hace alusión a la concepción que le atribuye un mayor número de funciones a la teoría jurídica. Algunos considerarán que la teoría jurídica solo debe cumplir una función. Por ejemplo, el profesor Guastinni considera que la teoría del derecho, o como la llama “filosofía del derecho positivo”, solamente debe cumplir una función descriptiva analítica, ya que la función normativa no corresponde a la teoría del derecho sino a la filosofía del derecho o a la filosofía política.

¹⁰¹ Rüthers, Bernd. Op. Cit., p. 13.

Por el mismo camino, pero con una distinta denominación, para el profesor William Twining no se trata de funciones del derecho sino de distintas teorías jurídicas. Existen teorías analíticas, teorías normativas y teoría empíricas del derecho¹⁰².

Con el propósito de clarificar conceptos se expondrá la forma cómo de aquí en adelante se entenderán las nociones de “funciones”, “dimensiones” y “teorías” del derecho en el presente trabajo.

Las funciones de la teoría jurídica corresponden a objetivos que está llamada a cumplir y que se pueden identificar por verbos en infinitivo (v.gr. analizar el lenguaje jurídico y la estructura de los sistemas normativos -función analítica-, formular modelos ideales de justicia y del derecho -función normativa-, y estudiar el derecho en la realidad como práctica social -función empírica-).

Las dimensiones de la teoría del derecho hacen alusión a campos u objetos de estudio de la disciplina teórica del derecho (v.gr. lenguaje jurídico, estructura y función de los sistemas normativos, lógica deóntica, conceptos jurídicos fundamentales, interpretación y argumentación jurídica, entre otros -dimensión analítica-; prácticas jurídicas, eficacia de las normas, efectos simbólicos de las normas, efectos instrumentales de las normas, concepciones normativas, entre otras -dimensión empírica-; y modelos de justicia, modelos normativos, entre otros -dimensión normativa-).

Por último, las teorías del derecho se corresponden con escuelas del pensamiento jurídico que centran sus preocupaciones centrales en determinadas dimensiones.

En síntesis, las teorías del derecho centran su objeto, con determinados énfasis, en ciertas dimensiones de la teoría jurídica con el objeto de cumplir con determinadas funciones. Por regla general tienden a coincidir “funciones”, “dimensiones” y “teorías”. Sin embargo, nada

¹⁰² Twining, William. *Derecho y globalización*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana Instituto pensar, Siglo del Hombre Editores, 2005, pp. 129-159.

obsta para que una teoría abarque el estudio desde distintas dimensiones y funciones, aun cuando casi siempre se encuentra marcado un énfasis.

Actualmente el objeto de estudio de la teoría jurídica se ha centrado principalmente en la dimensión y función analítica de la teoría del derecho, de allí que se advierta que este tipo de teoría del derecho, si bien es muy útil y ha llegado a grados importantes de desarrollo, es insuficiente frente a las nuevas posibilidades de estudio que se abren actualmente con la globalización y los estudios de pluralismo jurídico. En todo caso, se considera relevante caracterizar a las teorías analíticas del Derecho.

2.6 La Teoría Analítica del Derecho

Para la comprensión de la teoría analítica del derecho es bueno abordarla como tradición de pensamiento iusteórico y iusfilosofófico y revisar sus principales presupuestos. Esto con el propósito de identificar algunas características centrales de este tipo de teorías.

Las teorías analíticas del derecho se pueden considerar como una tradición de reflexión teórica del derecho. ¿Qué identifica a esta tradición del pensamiento? La respuesta es: el uso de la razón analítica. Esta “Se trata (...) de una razón prudente y terrenal, amante de las distinciones y del detalle, que antepone la descomposición meticulosa de los problemas y la articulación de las soluciones a las síntesis, especialmente grandiosas”¹⁰³. Dentro de esta tradición del pensamiento jurídico que se basa en el análisis, más que en la síntesis, en el uso de una “razón prudente” y “amante de las distinciones y del detalle”, el profesor Pierluigi Chiassoni identifica distintas escuelas de la teoría jurídica.

Para Chiassoni hacen parte de esta tradición analítica distintas corrientes del pensamiento jurídico del siglo XIX, especialmente la escuela inglesa de la *analytical jurisprudence* representada especialmente por Bentham y Austin, así como la escuela histórica del derecho representada por Savigny, y la escuela de la jurisprudencia de conceptos (o de

¹⁰³ Chiassoni, Pierluigi. Op. Cít, p. 23.

las pandectas) representada por Ihering y Windscheid. En el siglo XX surgieron nuevas corrientes analíticas en la teoría del Derecho, denominadas por el profesor Chiassoni el “(Neo)positivismo analítico”. Dentro de estas corrientes se pueden encontrar: (i) la Escuela de Turín, representada por autores como Norberto Bobbio, Scarpelli, Lazzaro, Gavazzi y Losano; (ii) la Escuela de Oxford, representada por H.L.A. Hart, Joseph Raz y Neil MacCormick; (iii) la Escuela del Realismo Escandinavo, representada, entre otros, por Alf Ross y Karl Olivercrona; y (iv) el realismo analítico italiano representado a) en la Escuela de Génova, con autores como Giovanni Tarello, Silvana Castignone, Riccardo Guastini, Paolo Comanducci, Pierluigi Chiassoni, Giovanni Battista Ratti, Susanna Pozzolo, Mauro Barberis, entre otros; y b) la Escuela de Bolonia, con autores como Pattaro y Faralli. A estas corrientes reseñadas por Chiassoni, habría que adicionar la escuela analítica argentina, representada, entre otros, por profesores como Genaro Carrió, Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin.

Estas escuelas analíticas del S.XX, representadas en el “(neo)positivismo analítico”, tienen influencias directas de la filosofía analítica de primera mitad del siglo XX, especialmente en sus dos variantes: (i) el neopositivismo (o neoempirismo lógico) de origen austro-alemán (ej: Carnap, Frege, Hempel, entre otros), y (ii) la filosofía del lenguaje que surgió con el trabajo del segundo Wittgenstein, de sus seguidores en Cambridge, y de los miembros de la Facultad de Filosofía de la Universidad de Oxford (como J.L. Austin, G. Ryle, S. Hampshire, J. Warnock, M. Warnock, P.F. Strawson, R.M. Hare, entre otros).

Pero ¿cómo se expresa el uso de la razón analítica y la influencia en la filosofía analítica de primera mitad del S. XX en este tipo de teorías del Derecho? Se expresa con la asunción de algunas premisas, de una determinada concepción de la filosofía y teoría del Derecho, y con la adopción (i) de un método analítico, (ii) de algunos principios de investigación teórica y filosófica, (iii) con algunas tesis teóricas; y (iv) con algunos ideales sobre el papel de la filosofía y la teoría jurídica.

En cuanto se refiere a las premisas asumidas por los teóricos analíticos del Derecho, el profesor Guastini identifica dos centrales: en primer lugar, una premisa meta-filosófica (que responde a la pregunta ¿qué es la filosofía?), consistente en considerar que la filosofía no es una peculiar forma de conocimiento del mundo, con su propio método u objeto, sino que, por el contrario, corresponde al análisis lógico del lenguaje. En palabras del propio

Guastini: “el propósito de la filosofía no es el conocimiento del mundo, sino más modestamente, la clarificación lógica de los pensamientos. La filosofía es, por lo tanto, no una ciencia o una doctrina sino una actividad: la filosofía es «crítica del lenguaje»¹⁰⁴. Y, en segundo lugar, una premisa ontológico-jurídica (que responde a la pregunta ¿qué es el Derecho?), según el cual el Derecho se concibe como lenguaje, como un discurso, como el conjunto de enunciados formulados por las autoridades normativas¹⁰⁵.

Del conjunto de estas dos premisas se obtiene como conclusión una determinada concepción de la filosofía y teoría del Derecho. Si la filosofía se trata del análisis lógico del lenguaje, y si el Derecho es lenguaje (un conjunto de discursos), entonces la filosofía analítica del Derecho no es más que el análisis lógico del lenguaje jurídico, o en otras palabras, el análisis lógico de los discursos de los juristas.

En el marco de estas premisas y de esta forma de comprender la teoría y filosofía del Derecho se definen (i) un determinado método analítico, (ii) algunos principios de investigación teórica y filosófica, (iii) algunas tesis teóricas; y (iv) algunos ideales sobre el papel de la filosofía y la teoría jurídica.

En cuanto a lo primero, las teorías analíticas del Derecho han desarrollado un particular método que comprende una serie de herramientas metodológicas, dentro de las cuales se encuentran principalmente:

- a) La distinción entre **enunciados en función descriptiva** (susceptibles de ser verdaderos o falsos, que persiguen brindar información sobre algo) y **enunciados en función prescriptiva** (no susceptibles de ser verdaderos o falsos, que persiguen guiar la conducta). Distinción que trae a colación la importancia de la “Ley de Hume”, según la cual no se puede derivar “el deber ser” del “ser”.

¹⁰⁴ Guastini, Riccardo. *Las dos caras de la filosofía analítica del derecho positivo*, en línea, revisado el 12 de junio de 2019. Disponible en: <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Guastini%20-%20Filosof%C3%ADa%20anal%C3%ADtica%20del%20derecho%20positivo.pdf>, pp. 1-2.

¹⁰⁵ Recordar la distinción propuesta por Paolo Comanducci entre discursos del derecho, con el derecho, acerca del derecho, y para el derecho. Supra.

-
- b) La distinción dentro de los enunciados en función descriptiva entre **enunciados empíricos** (verdaderos o falsos en relación con los hechos que describen) y **enunciados analíticos** (verdaderos o falsos con relación al significado de las palabras que lo componen o de su estructura lógica).
- c) Una teoría de las definiciones basada en la distinción entre **definiciones lexicales** (verdaderas o falsas en relación con los usos lingüísticos empíricamente observables) y **definiciones estipulativas** (con las cuales se decide sobre el significado de un término o de una locución con fines explicativos, teóricos o prácticos).
- d) La distinción entre distintos niveles del lenguaje o del discurso. Por una parte, existen **discursos relativos al mundo**; y, por otra, existen **discursos relativos a otros discursos**. En este segundo contexto cobra relevancia la distinción entre **metalenguaje y lenguaje objeto**.
- e) La distinción entre **expresiones dotadas de significado emotivo** y **expresiones emotivamente neutras**.
- f) La distinción entre **contexto de descubrimiento** y **contexto de justificación**.
- g) La distinción entre **explicación** (descripción de relaciones causales) y **justificación** (razones en favor de una conclusión).

En cuanto a lo segundo, las teorías analíticas del Derecho acuden a una serie de principios que guían la investigación teórica y filosófica del Derecho. Dentro de estos, el profesor Chiassoni identifica por lo menos tres principios: el principio de desconfianza metódica, el principio de conversión, y el principio de exhaustividad conceptual.

- a) **Principio de desconfianza metódica:** de acuerdo con este principio, todo teórico analítico debe siempre poner en tela de juicio lo que se cree conocer. Se trata de una aplicación de la duda metódica cartesiana en el campo de la investigación jurídica.

b) **Principio de conversión:** de acuerdo con este principio, los teóricos analíticos del Derecho tienden a convertir las cuestiones ontológicas (ej: ¿Qué es el Derecho?) en cuestiones conceptuales (ej: ¿cuál es el concepto de Derecho que de hecho manejamos o que deberíamos manejar?).

c) **Principio de exhaustividad conceptual:** de acuerdo con este principio, toda investigación teórica requiere construir para cada fenómeno un conjunto de términos y de conceptos claros y distintos, aptos para abarcar todo aspecto relevante del fenómeno investigado. De allí la importancia de la creación de conceptos en toda teoría analítica (en palabras de Guastini, la teoría y filosofía del Derecho como un “laboratorio conceptual”).

En cuanto a lo tercero, las teorías analíticas del Derecho asumen algunas tesis teóricas que las caracterizan, dentro de las cuales se encuentran:

a) **Tesis ontológica del Derecho:** el Derecho es esencialmente lenguaje, es un conjunto de discursos (el discurso del Constituyente, del legislador, de las entidades de la administración, de los jueces, de los abogados, de los dogmáticos, de los teóricos del Derecho, entre otros).

b) **Tesis ontológica de las normas:** las normas jurídicas son entidades lingüísticas (enunciados en función prescriptiva).

c) **Tesis de la ciencia jurídica:** la ciencia jurídica (dogmática jurídica) es un metalenguaje que se ocupa, de diversas maneras, del lenguaje objeto del Derecho positivo.

d) **Tesis de la filosofía del Derecho positivo:** la filosofía del Derecho positivo es un metalenguaje que se ocupa, dependiendo los casos, bien del lenguaje objeto del Derecho, bien del lenguaje objeto de la ciencia jurídica.

Y, por último, se pueden identificar, de acuerdo con la reconstrucción del profesor Chiassoni, algunos ideales que comparten la filosofía y teorías analíticas del Derecho, dentro de los cuales se encuentran:

- a) **Ideal respecto a la teoría del Derecho:** el ideal de llevar a cabo una teoría del Derecho que sea genuinamente descriptiva y explicativa del fenómeno del derecho positivo, en particular de sus rasgos formales, estructurales y técnicos.

- b) **Ideal de una “meta-jurídica”:** ese ideal a su vez se subdivide en tres ideales.
 - a. En materia de **epistemología jurídica:** el ideal según el cual la filosofía del Derecho debe establecer las condiciones para el conocimiento científico del derecho positivo, trazando los límites entre el conocimiento genuino, por una parte, y la política e ideología del Derecho, por otra.

 - b. En materia de **metodología jurídica:** el ideal de que la filosofía del Derecho proporcione descripciones y análisis cuidadosos de las operaciones que realizan en la práctica los juristas y los jueces, arrojando luz sobre las herramientas que suelen usar y que pueden emplear (ej: la descripción y análisis de los argumentos interpretativos usados por los juristas en la práctica).

 - c. En cuanto a **laboratorio conceptual:** el ideal de que la filosofía del Derecho proporcione a los operadores jurídicos una terminología y un aparato de conceptos claros y distintos, que les ayuden en sus labores diarias.

Es en este contexto que la teoría analítica del Derecho contemporáneo se trata de una serie de corrientes teóricas que (i) se centran en la dimensión y función analítica de la teoría del Derecho; (ii) acuden al uso de una razón analítica amante de las distinciones y del detalle; (iii) basadas en la tradición analítica de la filosofía, tanto del neopositivismo (o neoempirismo lógico) y de la filosofía del lenguaje; (iv) que recurren a un método analítico que hace uso de herramientas metodológicas como la distinción entre enunciados en

función descriptiva y en función prescriptiva, entre enunciados empíricos y analíticos, entre definiciones lexicales y estipulativas, entre discursos relativos al mundo o a otros discursos, entre metalenguaje y lenguajes-objeto, entre expresiones dotadas de un significado emotivo y expresiones emotivamente neutras, entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, y entre la explicación y la justificación; (v) que realizan investigaciones guiadas por los principios de desconfianza metódica, de conversión de problemas ontológicos en problemas conceptuales, y de exhaustividad conceptual; (vi) que sostienen algunas tesis teóricas en relación con el Derecho (como lenguaje), las normas (como enunciados prescriptivos), la ciencia jurídica (como metalenguaje cuyo lenguaje objeto es el derecho positivo), y la teoría y filosofía del Derecho (como metalenguajes cuyos lenguajes objeto son la ciencia jurídica y el derecho positivo); y (vii) que comparten algunos ideales sobre la filosofía y teoría jurídicas.

2.7 La jurisprudencia de conceptos y la tradición analítica del Derecho

En este apartado fijaré mi atención en la Escuela de la jurisprudencia de conceptos. Esta escuela, de acuerdo con Pierluigi Chiassoni¹⁰⁶, se puede adscribir a la tradición analítica. Se trata de una especie del género teoría analítica del derecho; sin embargo, por su carácter histórico no cuenta con todas las herramientas metodológicas, tesis teóricas, principios de investigación e ideales propios del “(neo)positivismo analítico” del S.XX. El motivo de ocuparnos de esta escuela es que, tal como se demostrará más adelante, existe un punto de conexión histórica entre esta escuela y el origen de la teoría procesal. Por una parte, el objeto y metodología de estudio de la Teoría General del Proceso tiene sus raíces indirectas en esta escuela. Y, por otra parte, es el punto de encuentro que permite afirmar que la Teoría General del Proceso predominante en Colombia, como especie del género teoría jurídica, es una especie de teoría de tradición analítica del derecho (conceptualista).

¹⁰⁶ Chiassoni, Pierluigi. Op. Cít.

Desde el punto de vista histórico, la jurisprudencia de conceptos se desprende de la escuela histórica del derecho. Para la escuela histórica del Derecho, el Derecho es el producto del espíritu de un pueblo¹⁰⁷, no de la voluntad individual o de la razón. De allí sus diferencias con el iusnaturalismo racionalista¹⁰⁸. Este espíritu se ve representado en la historia de un pueblo. Es por esto que la escuela histórica se preocupó por entender el derecho alemán, inicialmente, a partir de la historia del derecho romano. La Escuela histórica del derecho se dividió en dos grupos: los romanistas (Hugo, Savigny, Puchta) y los germanistas (Eichhorn, Grimm, Beseler). Los primeros buscaban las raíces del derecho nacido del “espíritu del pueblo” alemán en el estudio del derecho romano. Los segundos consideraban que el derecho romano era un elemento extranjero frente a la tradición jurídica de los pueblos germanos y lo que se debía era recuperar esta tradición. Ambas posturas se pudieron reconciliar al considerar que el derecho romano y el derecho germánico se podían integrar y constituir lo que se conoce como el derecho común alemán. Ideas que se recogieron dentro del Código Civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch o BGB de 1900).

De la vertiente romanística (representada por Savigny) se desprendieron dos corrientes durante la segunda mitad del siglo XIX: una corriente histórica y una dogmática (la pandectística o jurisprudencia de conceptos). Los principales exponentes de la corriente historicista fueron: Theodor Mommsen (1817-1903); Otto Lenel (1849-1935); Otto Grandenwitz (1860-1935); y L. Mitteis (1859-1921). Los principales representantes de la corriente pandectística y de la jurisprudencia de conceptos fueron: Bernhard Windscheid (1817-1892) y Rudolf Von Ihering (1818-1892).

¹⁰⁷ La expresión “espíritu del pueblo” (volkgeist) es acuñada dentro de la Escuela Histórica del Derecho por el discípulo de Savigny: Friedrich Puchta. Bernad Mainar, Rafael. “La Pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno”. En: *Revista Internacional de Derecho Romano*. ISSN 1989-1970, octubre-2016, p. 43. Disponible en: http://www.ridrom.uclm.es/documentos17/bernad17_imp.pdf

¹⁰⁸ Estas diferencias se pueden ver reflejadas en las discusiones entre Thibaut y Savigny sobre la necesidad de una codificación para Alemania. Ibídem. Discusión que cobra vigencia en la actualidad con ocasión del Proyecto de actualización del Código de Derecho Civil, integrando el régimen de obligaciones y contratos del Código de Comercio. Propuesta de Código presentada el 30 de junio de 2020. Proyecto disponible en: http://derecho.bogota.unal.edu.co/fileadmin/Codigo_Civil/Proyecto_Codigo_Civil_de_Colombia_Primera_Version_Digital.pdf

La escuela de la jurisprudencia de conceptos y de la pandectística alemana persiguió construir un sistema de conceptos jurídicos válidos universalmente que se desprendieran del estudio de las *Pandectas* o del *Digesto*¹⁰⁹. Esta variante conceptual del formalismo jurídico concibe al sistema jurídico como un conjunto de categorías y de conceptos aplicables a cualquier ordenamiento de acuerdo con criterios lógicos¹¹⁰. Para esto, de acuerdo con la propuesta iusteórica de Ihering, el estudio del derecho debe dividirse en dos fases: (i) la fase de simplificación cuantitativa (fase de selección y ordenación de los materiales jurídicos); y (ii) la fase de simplificación cualitativa (fase de construcción del sistema conceptual).

Obsérvese que la idea de esta escuela es simplificar el derecho a partir de la construcción de un sistema conceptual. En la fase de simplificación cuantitativa la idea es seleccionar el material jurídico a tratar (normas y conceptos) siempre bajo la guía de un principio de economía. Esta fase se compone de las siguientes subfases: (i) análisis de la materia: en esta subfase se aíslan los elementos conceptuales que conforman el derecho (conceptos generales y particulares); (ii) concentración lógica: en esta subfase se buscan los principios que se encuentran detrás de los conceptos; (iii) orden sistemático: en esta subfase se clasifican los elementos conceptuales en las categorías correspondientes que permiten determinar su naturaleza jurídica; (iv) terminología jurídica: en esta subfase se le da un nombre apropiado a la idea o conjunto de conceptos que se han encontrado. En la fase de simplificación cualitativa se persigue construir el sistema conceptual a partir de la obtención de categorías abstractas producto de la relación entre los elementos conceptuales obtenidos en la fase de simplificación cuantitativa. Esta fase debe seguir las siguientes reglas: (i) la construcción doctrinal debe aplicarse al derecho positivo, respetando su contenido; (ii) las construcciones de la doctrina deben contar con una unidad sistemática; y (iii) las elaboraciones de la doctrina deben ser claras, simples y tener una exposición elegante.

¹⁰⁹ Libro del Corpus Iuris Civilis de Justineano.

¹¹⁰ González Lagier, Daniel & Pérez Lledó, Juan Antonio. *Apuntes sobre la filosofía del derecho de los siglos XIX y XX: de la escuela de la exégesis a Ronald Dworkin*. Universidad de Alicante. Facultad de Derecho. (s.f.), pp. 57-64.

En síntesis, la jurisprudencia de conceptos o pandectística alemana es una escuela de derecho que surge de la corriente romanística de la escuela histórica. Esta escuela ya no se centra en el problema histórico, sino en cómo construir con ese material jurídico (las pandectas) un sistema conceptual. Ese sistema será el producto de un proceso que corresponde a simplificar los datos allí contenidos en redes conceptuales (conceptos, categorías, principios y terminología). De la construcción de este sistema de conceptos se pueden elaborar construcciones doctrinales que puedan aplicarse a la práctica del derecho positivo, que cuenten con una unidad sistemática y que sean claros, simples y elegantes. Más adelante en este trabajo se profundizará sobre la herencia de esta escuela en la TGP.

2.8 Conclusiones

Sobre este primer apartado se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- 1) En materia de teoría jurídica existen varios conceptos que pueden ser considerados como sinónimos: “teoría jurídica”, “filosofía del derecho positivo”, “jurisprudencia”, “teoría del Derecho”, “teoría general del Derecho”, entre otras.
- 2) La teoría y filosofía del Derecho se pueden distinguir entre sí por un criterio discursivo, donde la teoría y filosofía del derecho es un metalenguaje cuyos lenguajes objeto son el discurso de la dogmática jurídica, de las decisiones judiciales y del derecho positivo. A lo que se suma la especificidad propia del estudio dogmático del Derecho.
- 3) Entre teoría y filosofía del Derecho existen dos posibles concepciones: (i) que son términos sinonímicos; (ii) que son términos que denotan disciplinas diferentes. Dentro del campo de los que consideran que son disciplinas diferentes, se pueden encontrar diferencias: de enfoque, de su función, de su objeto de estudio, y de grado de generalidad. En general, se considera que la teoría del Derecho es una rama o subdisciplina de la filosofía del Derecho.
- 4) Producto de la evolución histórica de la teoría del Derecho se han consolidado algunos paradigmas como el iusmoralismo (dentro del cual se ubican el iusnaturalismo, el postpositivismo, y el neoconstitucionalismo), el iuspositivismo (normativista, empirista o

institucionalista; incluyente o excluyente), y las teorías críticas del Derecho. Paradigmas dentro de los cuales se pueden ubicar diversas escuelas.

5) La teoría del derecho se puede ver desde por lo menos dos enfoques metodológicos: uno analítico que ve en la teoría del Derecho una empresa exclusivamente descriptiva y analítica; y otros sintéticos, que ven en la teoría del Derecho no solamente una empresa descriptiva y analítica, sino también una empresa prescriptiva y valorativa del Derecho.

6) En el marco de estas distinciones, se puede observar que la teoría del Derecho, dependiendo el enfoque escogido, puede comprender por lo menos tres dimensiones: una analítica, una normativa y una empírica.

7) La teoría analítica del Derecho (i) cuenta con a) una influencia de la filosofía analítica, b) un método basado en las distinciones y el detalle; c) con distinciones metodológicas fundamentales (como la distinción entre enunciados en función descriptiva y en función prescriptiva); y d) con una serie de principios de investigación filosófica, como los principios de desconfianza metódica, de conversión de problemas ontológicos en problemas conceptuales, y de exhaustividad conceptual; (ii) sostiene algunas tesis teóricas en relación con el Derecho (como lenguaje), las normas (como enunciados prescriptivos), la ciencia jurídica (como metalenguaje cuyo lenguaje objeto es el derecho positivo), y la teoría y filosofía del Derecho (como metalenguajes cuyos lenguajes objeto son la ciencia jurídica y el derecho positivo); y (iii) cuenta con algunos ideales sobre la labor de la filosofía y teoría del Derecho.

8) Dentro de la tradición analítica de la teoría del Derecho se encuentra la escuela de la jurisprudencia de conceptos alemana del siglo XIX. De acuerdo con esta escuela el papel de la teoría del Derecho es construir con el material jurídico (de las pandectas) un sistema conceptual, creando así una red o sistema conceptual (conceptos, categorías, principios y terminología).

3. La Teoría General del Proceso (TGP)

3.1 Concepto de TGP

Sobre el particular, se debe retomar lo indicado sobre las definiciones en la sección 1.2.1 del presente trabajo, especialmente en lo referido a las definiciones intensionales y extensionales. Es así como, a los efectos de este trabajo, la definición intensional de la TGP determina su definición extensional, y por esta vía, se señala cuál es su objeto de estudio, es por esto importante señalar cuál es el concepto más acogido de TGP en la teoría procesal predominante.

Es así como, la TGP se ha concebido tradicionalmente como un estudio sistemático de los principios¹¹¹, instituciones, categorías y conceptos procesales comunes a los distintos procesos¹¹², y esos elementos comunes son la acción, la jurisdicción y el proceso¹¹³, elementos que J. Ramiro Podetti denominó como la trilogía estructural¹¹⁴.

¹¹¹ Carenlutti, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*. México D.F.: Oxford University Press México S.A., 1999, p. 2.

¹¹² Santos Azuela, Héctor. "La teoría general del proceso en el sistema del derecho procesal social". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XXXIV, núm. 101, mayo-agosto, 2001, pp. 567-588, revisado el 13 de junio de 2019. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710106>, p. 574.

¹¹³ Calamandrei, Piero. *Derecho Procesal Civil*. México D.F.: Oxford University Press México S.A., 1999, p. 1; y Zolezzi Ibárcena, Lorenzo. "La teoría general del proceso". En: *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de derecho*, núm. 52, 1999, pp. 705-714, revisado el 12 de junio de 2019. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6426/6484>, pp. 705-706.

¹¹⁴ Santos Azuela, Héctor. Op. Cit., p. 577; y Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)* Tomo I. núms 1-11. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, pp. 533.

3.2 Historia de la TGP

No es objeto del presente estudio hacer una historia del proceso, del derecho procesal, o de la dogmática y teoría procesal, no obstante, es importante hacer una síntesis de la historia de la teoría procesal para poder comprender de donde surgió la definición y objeto de estudio actual de la TGP predominante en Colombia.

Hace miles de años existen métodos heterocompositivos de resolución de conflictos, pero solo con el surgimiento de las primeras civilizaciones surgen normas sobre procedimiento¹¹⁵, y, dentro de la órbita del derecho continental, en el marco de la doble revolución industrial e ilustrada de fines del siglo XVII e inicios del XIX, surgieron codificaciones reguladoras de los procedimientos, pero solo hasta la primera mitad del siglo XX surge una teoría sistemática sobre el particular, surgiendo lo que conocemos como TGP.

La historia de la disciplina se puede clasificar o periodizar de distintas formas. Para Montero Aroca¹¹⁶ la historia se puede clasificar en las siguientes fases: (i) la fase de la práctica forense; (ii) la fase de los procedimientos judiciales; (iii) la fase del derecho procesal; y (iv) la fase del derecho jurisdiccional. Para Carnelutti¹¹⁷ la historia se puede dividir en: (i) la escuela de la exégesis, representada especialmente en Francia por Luis Borsari y Francisco Ricci; (ii) la escuela de las ideas particulares, que se basa en el estudio de los principios relativos a cada institución, representada, entre otros, por Luis Mattiolo y Ludovico Mortara; (iii) la escuela de la teoría general del proceso de conocimiento; que estudia el fundamento, estructura y desarrollo del proceso, escuela dentro de la que se encuentra el maestro Chiovenda con sus obras: Principios de derecho procesal civil de 1903 e Instituciones de derecho procesal civil de 1936; y (iv) la teoría general del proceso,

¹¹⁵ Ejemplo de ello es el *ordo iudiciorum privatorum* de la civilización romana. Silva Sánchez, Antonio. "En torno al Ordo Iudiciorum Privatorum". En: *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN-e 0213-988X, N° 12-13, 1994-1995, pp. 477-504

¹¹⁶ Montero Aroca, Juan. *Evolución y futuro del derecho procesal*. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 1984.

¹¹⁷ Carnelutti, Francesco. *Instituciones de derecho procesal civil*. México D.F.: Oxford University Press México S.A., 1999, pp. XLIV-XLV.

que representa una síntesis integral del derecho procesal, dentro de esta corriente se encontraría el mismo Carnelutti con sus Lecciones y Sistema¹¹⁸.

La TGP surge en este panorama a partir de la recepción italiana, iniciada por Chiovenda, influenciado por Vittorio Scialoja, de la teoría alemana de segunda mitad del siglo XIX. Esta teoría consideró al proceso no solamente como un devenir fáctico sino también como un devenir jurídico. Consideraba que el proceso se trataba de una relación de derecho público y que la acción era el eje de la autonomía del derecho procesal¹¹⁹. Alemania fue un lugar propicio para el desarrollo de esta incipiente reflexión general y sistemática del derecho procesal gracias a que no contó con un Código de procedimiento al que los autores pudieran dedicarse a ser comentaristas¹²⁰.

De acuerdo con Hugo Alsina¹²¹, parte de la literatura que da cuenta de esta evolución son los siguientes autores: (1856) Windscheid “La acción en el derecho romano desde el punto de vista moderno”, replica de Muther (1857) “Teoría de la acción romana y del derecho de obrar moderno”; (1868) Oscar Bulow “La teoría de las excepciones y los presupuestos procesales”; (1888) Kohler “El proceso como relación jurídica”; (1885) Adolfo Wach “La acción declarativa”; (1903) Chiovenda “La acción en el sistema de los derechos”; (1906) “principios de derecho procesal civil”; (1926) James Goldschmidt “el proceso como situación jurídica” (Alsina, 1963, págs. 48-49). En España, las doctrinas procesales de la escuela italiana ha dado resultados en algunos autores como Leonardo Prieto Castro, Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Jaime Guasp, Manuel de la Plaza, Santiago Sentís Melendo, Víctor Fairen Guillen, Carlos Viada, Pedro Aragoneses, Mauro Miguel y Romero, Francisco Marcos y Pelayo, Manuel Beceña, Vicente Silva Melero.

A continuación, se profundizará en la herencia germánica de la teoría procesal.

¹¹⁸ Alsina, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo I. Parte General*. Buenos Aires: Ediar Soc. Anon. Editores, 1963, pp. 50-51.

¹¹⁹ Montero Aroca, Juan. Op. Cit., pp. 50-51.

¹²⁰ *Ibid.*, pp. 48-49.

¹²¹ Alsina, Hugo. Op. Cit., pp. 52-53.

3.3 La herencia germánica

La Teoría General del Proceso surgió con los italianos, pero la teoría procesal nació con los alemanes (Windscheid, Muther, Bulow, Kohler, Wach, Goldschmidt, Degenkolb y Plosz¹²²). La tradición alemana fue muy importante porque fundamentó la autonomía del derecho procesal y la naturaleza pública del proceso. Dos elementos indispensables para el posterior desarrollo de la Teoría General del Proceso.

La autonomía del Derecho procesal se debe, en buena medida, a la reflexión que tuvo lugar entre los autores alemanes sobre la autonomía de la acción respecto al derecho sustancial que se reclama. Se entendía que si la acción era autónoma frente al derecho sustancial, así mismo el derecho procesal sería autónomo, ya que su objeto sería el estudio de los efectos de la acción y de la relación jurídico-procesal. El concepto de acción lo recuperó Savigny del derecho romano en 1847¹²³. Sin embargo, la discusión que abrió la reflexión sobre la autonomía de la acción fue la polémica entre Windscheid y Muther entre 1856 y 1857¹²⁴. Con Bulow se originó la teoría de los presupuestos procesales y se concibió al proceso como una relación jurídica en 1868¹²⁵. Posteriormente, la discusión

¹²² Alexander Sándor Plosz es el único de esta lista que no es alemán, su origen es húngaro. Se enlista por su importancia en la discusión con lo alemanes, especialmente con Degenkolb.

¹²³ Von Savigny, Friedrich Carl. *System des heutigen römischen Rechts -Sistema del derecho romano actual-*. Volumen 6. Berlin: Veit, 1847. Disponible en: http://www.deutschestextarchiv.de/book/show/savigny_system06_1847; Nieva Fenoll, Jordi. "Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional". En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Núm. 3-4, 2008, pp. 295-343; pp. 305-306; y Nieva Fenoll, Jordi. *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier, 2006, pp. 94-101.

¹²⁴ Windscheid, Bernhard. *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts -La acción en el derecho civil romano desde el punto de vista moderno-*. Düsseldorf: Verlagshandlung von Julius Buddeus, 1856. Disponible en: <https://reader.digitale-sammlungen.de//resolve/display/bsb10567269.html>; Windscheid, Bernhard. *Die Actio: Abwehr gegen Dr. Theodor Muther -La acción: defensa contra el Dr. Theodor Muther-*. Düsseldorf: Verlagshandlung von Julius Buddeus, 1857. Disponible en: <https://reader.digitale-sammlungen.de//resolve/display/bsb10567270.html>; y Muther, Theodor. *Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in Obligationen. Eine Kritik des Windscheid'schen Buches "Die Actio des Römischen Civilrechts" - Sobre la enseñanza de la acción romana, el derecho a demandar hoy, la litiscontestación y la sucesión singular en las obligaciones. Una crítica al libro de Windscheid "La acción en el derecho civil romano"*. Erlangen: 1857. Disponible en: https://books.google.de/books?id=8QIFAAAAcAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

¹²⁵ Von Bulow, Oscar. *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozeßvoraussetzungen -La teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales-*. Gießen. 1868. VI, 320 S.

giró en torno a si la naturaleza de la acción era abstracta o concreta. Así, dentro de los autores que representaron la concepción abstracta de la acción se encontraron Degenkolb en 1877¹²⁶, Plosz en 1880¹²⁷, y Kohler en 1888¹²⁸. Y dentro de la concepción concreta de la acción, entendida como el derecho a la tutela jurídica, se encontró Wach en 1885¹²⁹.

La naturaleza pública del proceso se desprende de su autonomía y de la autonomía de la acción. Producto de las discusiones de la escuela alemana de derecho procesal de la segunda mitad de siglo XIX, cuyos autores se citaron anteriormente, se empieza a considerar que el sujeto pasivo de la acción es el Estado y que, como consecuencia, el Estado es uno de los sujetos de la relación jurídico-procesal. Es por esto que, de acuerdo con el criterio de la relación jurídica¹³⁰, el derecho procesal se empieza a concebir como derecho público, autónomo frente al derecho sustancial.

La teoría procesal heredó de los autores alemanes: (i) la autonomía del derecho procesal; (ii) la naturaleza pública de este derecho; y (iii) algunos conceptos centrales que sirvieron de base para las posteriores reflexiones teóricas, como: los presupuestos procesales, la relación jurídico-procesal, la acción (que después se considerara un concepto fundamental, de acuerdo con la noción de la trilogía estructural), y la pretensión. Adicional a estos aportes, pero menos evidente, la teoría procesal y, dentro de esta, la Teoría General del Proceso heredaron de la dogmática y teoría alemana su principal objeto de

Neuaufgabe 2007, ISBN 978-3-8364-3521-5. Disponible en: <https://opacplus.bsb-muenchen.de/title/BV020144828>.

¹²⁶ Degenkolb, Heinrich. *Einlassungszwang und Urteilsnorm. Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen insbesondere der Anerkennungsklagen*, Leipzig: 1877. Citado en: Nieva Fenoll, Jordi. "Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional". En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Núm. 3-4, 2008, pp. 295-343.

¹²⁷ Sándor Plosz, Alexander. *Beiträge zur Theorie des Klagerechts -Contribución a la teoría de la acción judicial-*. Leipzig: 1880. Disponible en: <http://www.literature.at/viewer.alo?objid=1030255&viewmode=fullscreen&scale=3.33&rotate=&page=6>

¹²⁸ Kohler, Josef. *Der Prozess als Rechtsverhältnis -El proceso como relación jurídica-*. 1888. Citado en: De la Oliva Santos, Andrés; Díez-Picazo Gímenez, Ignacio; & Vegas Torres, Jaime. *Curso de Derecho Procesal Civil I Parte General*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2019, p. 204.

¹²⁹ Wach, Adolf. *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts -Manual de derecho procesal civil alemán-*. Leipzig, 1885. Disponible en: <http://dlib-pr.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22217697%22>.

¹³⁰ Valencia Zea, Arturo & Ortiz Monsalve, Álvaro. *Derecho Civil. Tomo I. Parte General y Personas*. Decimoséptima Edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2011, p. 21.

estudio y su metodología. Como objeto de estudio heredó las categorías, conceptos e instituciones procesales. Como metodología se basó en la construcción de un sistema de conceptos coherentes a partir de principios.

La pregunta histórica que surge es ¿y por qué ese objeto de estudio y esa metodología? La respuesta es: porque existe una estrecha relación entre la escuela procesal alemana y la escuela de la jurisprudencia de conceptos y de la pandectística alemana. Esta afirmación se puede acreditar directa e indirectamente. Una manifestación directa de esta relación se puede encontrar en autores como Windscheid. Este autor no solo fue uno de los más importantes representantes de la escuela procesalista alemana con su estudio sobre la acción: “*Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*”¹³¹ (La acción en el derecho civil romano desde el punto de vista moderno); sino que al mismo tiempo junto con Ihering fue uno de los más importantes representantes de la pandectística alemana y de la escuela de la jurisprudencia de conceptos, como se reseñó en secciones anteriores. Su importancia en esta escuela se refleja en su obra clásica “*Lehrbuch des Pandektenrechts in drei Bänden*” (Tratado de derecho civil alemán: derecho de pandectas).¹³²

Por otra parte, una manifestación indirecta de esta relación entre la escuela de la jurisprudencia de conceptos y de la escuela procesal alemana es que la mayoría de autores de la escuela procesalista alemana fueron importantes autores de derecho privado y muchos persiguieron construir sistemas conceptuales a partir de la reconstrucción histórica del derecho alemán, retomando los estudios de las pandectas¹³³, del derecho

¹³¹ Windscheid, Bernhard. Op. Cít.

¹³² Windscheid, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts in drei Bänden -Tratado de derecho civil alemán: derecho de pandectas-*. Mit Anmerkungen von Theodor Kipp, 9. Auflage. Leipzig 1906. Volúmenes disponibles en: <https://reader.digitale-sammlungen.de//resolve/display/bsb10623992.html>; <https://reader.digitale-sammlungen.de//resolve/display/bsb10623993.html>; <https://reader.digitale-sammlungen.de//resolve/display/bsb10566095.html>; <https://reader.digitale-sammlungen.de//resolve/display/bsb10566100.html>

¹³³ Las pandectas son el nombre en griego del Digesto, libro del Corpus Iuris Civilis de Justiniano (533 d.c.). Para la historia de las pandectas consultar: Brenkman, Henrik. *Historia de las pandectas*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2016. Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/id/107674/historia_brenkman_hd47.pdf

romano y de otras fuentes históricas del derecho germano, herencias de Savigny y de Ihering. Herencias que ubican a estos autores entre la escuela histórica y la jurisprudencia de conceptos. Ejemplos de esto son obras como las de Muther y de Kohler. De Muther: “*Die Gewissensvertretung im gemeinen deutschen Recht, mit Berücksichtigung von Partikulargesetzgebungen, besonders der Sächsischen und Preussischen*” (Representación de la conciencia en el derecho común alemán, teniendo en cuenta leyes particulares, especialmente las leyes sajonas y prusianas), y “*Zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses in Deutschland*” (Historia del proceso romano-canónico en Alemania). De Kohler: “*Beiträge zur germanischen Privatrechtsgeschichte*” (Contribuciones a la historia del derecho privado germánico).

A continuación, se expone un cuadro que ilustra la producción bibliográfica de los autores de la escuela procesal alemana, y que permite observar la influencia directa o indirecta de la escuela de la jurisprudencia de conceptos y de la pandectística alemana. En el cuadro se subrayan las principales obras en materia procesal.

Tabla 3-1: Principales obras de los autores de la escuela alemana del derecho procesal de segunda mitad del S. XIX.

Autor	Vida	Principales Obras
Friedrich Karl Von Savigny	1779- 1861	<ol style="list-style-type: none"> <li data-bbox="630 1157 1414 1266">1. <i>Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung – El derecho de posesión. Un tratado civilista-</i>, 1. Auflage, Heyer, Gießen 1803.¹³⁴ <li data-bbox="630 1272 1414 1381">2. <i>Verbesserungen und Zusätze zur ersten Ausgabe der Abhandlung vom Besitz -Mejoras y adiciones al tratado sobre la posesión-</i>, Heyer, Gießen, 1806. <li data-bbox="630 1388 1414 1535">3. <i>Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft -La profesión de nuestro tiempo para la legislación y la ley-</i>. Auflage, Mohr und Zimmer, Heidelberg, 1814. J. C. B. Mohr, Heidelberg, 1840.¹³⁵ <li data-bbox="630 1541 1414 1608">4. <i>Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter -Historia del derecho romano en la edad media-</i>, 7 Bände, 1815 -

¹³⁴ Disponible en: <https://reader.digitale-sammlungen.de//resolve/display/bsb10567076.html>

¹³⁵ Disponible en: http://www.deutschestextarchiv.de/book/show/savigny_gesetzgebung_1814

		<p>1831 (2. Aufl. Bde. 1–3 1834, Bde. 4–6 1850, Bd. 7 1851).¹³⁶</p> <p>5. <u>System des heutigen römischen Rechts -Sistema del derecho romano actual-</u>, 8 Bände, 1840-1849.</p> <p>5.1. Volumen 1. Veit, Berlin 1840.¹³⁷</p> <p>5.2. Volumen 2. Veit, Berlin 1840.¹³⁸</p> <p>5.3. Volumen 3. Veit, Berlin 1840.¹³⁹</p> <p>5.4. Volumen 4. Veit, Berlin 1841.¹⁴⁰</p> <p>5.5. Volumen 5. Veit, Berlin 1841.¹⁴¹</p> <p>5.6. Volumen 6. Veit, Berlin 1847.¹⁴²</p> <p>5.7. Volumen 7. Veit, Berlin 1848.¹⁴³</p> <p>5.8. Volumen 8. Veit, Berlin 1849.¹⁴⁴</p> <p>6. <i>Vermischte Schriften -Fuentes mixtas-</i>, 1850.</p> <p>7. <i>Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts -El derecho de obligaciones como parte del derecho romano actual-</i>. 1851-1853.¹⁴⁵</p> <p>7.1. Volumen 1. Veit, Berlin, 1851.</p> <p>7.2. Volumen 2. Veit, Berlin, 1853.</p>
Bernhard Windscheid	1817-1892	<p>1. <i>De valida mulierum intercessione</i>. Bonn 1838.</p> <p>2. <i>Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte</i>. Verlag von Julius Buddeus, Düsseldorf 1847.¹⁴⁶</p> <p>3. <i>Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung -La Doctrina del Código de Napoleón sobre la invalidez de las transacciones-</i>. Verlagsbuchhandlung von Julius Buddeus, Düsseldorf 1850.¹⁴⁷</p> <p>4. <u>Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts -La acción en el derecho civil romano desde el punto de vista del derecho</u></p>

¹³⁶ Disponible en: <https://reader.digitale-sammlungen.de/resolve/display/bsb10801171.html>

¹³⁷ Disponible en: http://www.deutschestextarchiv.de/book/show/savigny_system01_1840

¹³⁸ Disponible en: http://www.deutschestextarchiv.de/book/show/savigny_system02_1840

¹³⁹ Disponible en: http://www.deutschestextarchiv.de/book/show/savigny_system03_1840

¹⁴⁰ Disponible en: http://www.deutschestextarchiv.de/book/show/savigny_system04_1841

¹⁴¹ Disponible en: http://www.deutschestextarchiv.de/book/show/savigny_system05_1841

¹⁴² Disponible en: http://www.deutschestextarchiv.de/book/show/savigny_system06_1847

¹⁴³ Disponible en: http://www.deutschestextarchiv.de/book/show/savigny_system07_1848

¹⁴⁴ Disponible en: http://www.deutschestextarchiv.de/book/show/savigny_system08_1849

¹⁴⁵ Disponible en: <https://reader.digitale-sammlungen.de/resolve/display/bsb10565883.html>

¹⁴⁶ Disponible en: <https://reader.digitale-sammlungen.de/resolve/display/bsb10549980.html>

¹⁴⁷ Disponible en: https://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb10567268_00011.html

		<p><i>vigente</i>- Verlagshandlung von Julius Buddeus, Düsseldorf 1856.¹⁴⁸</p> <p>5. <i>Die Actio: Abwehr gegen Dr. Theodor Muther -La acción: defensa contra el Dr. Theodor Muther-</i>. Verlagshandlung von Julius Buddeus, Düsseldorf 1857.¹⁴⁹</p> <p>6. <i>Carl Georg von Waechter</i>. Leipzig 1880.</p> <p>7. <i>Die Voraussetzung -La condición-</i>. En: <i>Archiv für die civilistische Praxis</i>. 78. Band, 1892, S. 161–202.¹⁵⁰</p> <p>8. <i>Gesammelte Reden und Abhandlungen -Recopilación de discursos y tratados-</i>. Leipzig 1904.</p> <p>9. <i>Lehrbuch des Pandektenrechts in drei Bänden – Tratado de derecho civil alemán: derecho de pandectas. En tres volúmenes-</i>. Mit Anmerkungen von Theodor Kipp, 9. Auflage. Leipzig 1906.</p> <p>9.1. Parte I: 1. Auflage: Verlagsbuchhandlung von Julius Buddeus, Düsseldorf 1862.¹⁵¹</p> <p>9.2. Parte II, Erste Abtheilung: 1. Auflage: Verlagsbuchhandlung von Julius Buddeus, Düsseldorf 1865.¹⁵²</p> <p>9.3. Parte II, Zweiter Abtheilung: 1. Auflage: Verlagsbuchhandlung von Julius Buddeus, Düsseldorf 1866.¹⁵³</p> <p>9.4. Parte III: 1. Auflage: Verlagsbuchhandlung von Julius Buddeus, Düsseldorf 1870.¹⁵⁴</p>
Theodor Muther	1826-1878	<p>1. <i>Die Ersitzung der Servituten</i>. Erlangen 1852.¹⁵⁵</p> <p>2. <i>De origine processus provocatorii ex lege diffamari quem vocant Commentatio</i>. Erlangen 1853.¹⁵⁶</p>

¹⁴⁸ Disponible en: <https://reader.digitale-sammlungen.de//resolve/display/bsb10567269.html>

¹⁴⁹ Disponible en: <https://reader.digitale-sammlungen.de//resolve/display/bsb10567270.html>

¹⁵⁰ Disponible en:

http://www.digizeitschriften.de/dms/img/?PID=PPN345574613_1892_0028%7Clog17

¹⁵¹ Disponible en: <https://reader.digitale-sammlungen.de//resolve/display/bsb10623992.html>

¹⁵² Disponible en: <https://reader.digitale-sammlungen.de//resolve/display/bsb10623993.html>

¹⁵³ Disponible en: <https://reader.digitale-sammlungen.de//resolve/display/bsb10566095.html>

¹⁵⁴ Disponible en: <https://reader.digitale-sammlungen.de//resolve/display/bsb10566100.html>

¹⁵⁵ Disponible en:

https://books.google.de/books?id=TQIFAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_s ummary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

¹⁵⁶ Disponible en:

https://books.google.de/books?id=G41RAAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_s ummary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

		<p>3. <i>Sequestration und Arrest im römischen Recht</i>. Leipzig 1856.¹⁵⁷</p> <p>4. <i>Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiscontestation und der Singularsucession in Obligationen. Eine Kritik des Windscheid'schen Buches" Die Actio des Römischen Civilrechts -Sobre la enseñanza de la acción romana, el derecho a demandar hoy, la litiscontestación y la sucesión singular en las obligaciones. Una crítica al libro de Windscheid La acción en el derecho civil romano-</i>. Erlangen 1857.¹⁵⁸</p> <p>5. <i>Der Reformationsjurist D. Hieronymus Schürpf</i>. Erlangen 1858.¹⁵⁹</p> <p>6. <i>Statuta facultatis jureconsultorum Vitebergensium A. MDVIII Composita</i>. 1859.¹⁶⁰</p> <p>7. <i>Die Gewissensvertretung im gemeinen deutschen Recht, mit Berücksichtigung von Partikulargesetzgebungen, besonders der Sächsischen und Preussischen - Representación de la conciencia en el derecho común alemán, teniendo en cuenta leyes particulares, especialmente las leyes sajonas y prusianas-</i>. Erlangen 1860.¹⁶¹</p> <p>8. <i>Doctor Johann Apell. Ein Beitrag zur Geschichte der deutschen Jurisprudenz im sechszehnten Jahrhundert</i>. Königsberg 1861.¹⁶²</p>
--	--	--

¹⁵⁷ Disponible:

https://books.google.de/books?id=6QIFAAAAcAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

¹⁵⁸ Disponible en:

https://books.google.de/books?id=8QIFAAAAcAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

¹⁵⁹ Disponible en:

https://books.google.de/books?id=1iZRAAAAacAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

¹⁶⁰ Disponible en:

https://books.google.de/books?id=p6RLAAAAcAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

¹⁶¹ Disponible en:

https://books.google.de/books?id=YVBAAAAcAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

¹⁶² Disponible en:

https://books.google.de/books?id=DbpPAAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

		<p>9. <i>Aus dem Universitäts- und Gelehrtenleben im Zeitalter der Reformation. Vorträge.</i> Erlangen 1866.¹⁶³</p> <p>10. <i>Philippi Melanthonis de legibus oratio. Ed. II.</i> Weimar 1869.¹⁶⁴</p> <p>11. <i>Römisches und kanonisches Recht im deutschen Mittelalter, während des 14. und zu Anfang des 15. Jahrhunderts – El derecho romano y canónico en la Edad Media alemana, durante los siglos XIV y XV-.</i> Rostock 187.</p> <p>12. <i>Zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses in Deutschland -Historia del proceso romano-canónico en Alemania-.</i> Rostock 1872.</p> <p>13. <i>Die Reform des juristischen Unterrichtes. Eine akademische Antrittsvorlesung.</i> Weimar, 1873.</p> <p>14. <i>Johannes Urbach processus iudicii qui Panormitani Ordo Judiciarius a multis dicitur.</i> Halle (Saale) 1873.</p> <p>15. <i>Zur Geschichte der Rechtswissenschaft und der Universitäten in Deutschland.</i> Jena 1876.</p>
Oscar Von Bulow	1837-1907	<p>1. <u><i>Klage und Urteil. Eine Grundfrage des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozeß -Acción y juicio. Una pregunta básica sobre la relación entre el derecho privado y el proceso-.</i></u> Berlin 1903.</p> <p>2. <i>Das Geständnisrecht. Ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen -El derecho a confesar. Una contribución general a la teoría de los actos jurídicos-</i> 1899. Neuauflage 2007, ISBN 978-3-8364-3520-8.</p> <p>3. <i>Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft.</i> Título adicional: <i>Eine Gabe zur ersten Geburtstagsfeier des neuen deutschen bürgerlichen Rechts.</i> Leipzig. Breitkopf und Härtel. 1891. V, 140 S.</p> <p>4. <i>Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft.</i> Título adicional: <i>Beiträge zur Theorie des Gesetzes- und Gewohnheitsrechts.</i> En: "Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft". Leipzig. Breitkopf und Härtel. 1891. V, 140 S.</p>

¹⁶³ Disponible en:

https://books.google.de/books?id=dX5TAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

¹⁶⁴ Disponible en:

https://books.google.de/books?id=d6UrAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

	<p>5. <i>Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft</i>. Título adicional: <i>Beiträge zur Theorie des Gesetzes- und Gewohnheitsrechts</i>. 2. Ausg. der "Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft". Leipzig. Breitkopf und Härtel. 1891. V, 140 S., digitalisiert in Cooperation American Libraries.</p> <p>6. <i>Absolute Rechtskraft des Urtheils</i>, <i>Archiv für die civilistische Praxis</i> 83 (1894), 1.</p> <p>7. <i>Gesetz und Richteramt</i>. 1885. Neuauflage 2003, ISBN 3-8305-0548-5.</p> <p>8. <i>Das Ende des Aktenversendungsrechts</i>. Freiburg i.B. 1881 Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr. (Paul Siebeck). Ausgabe. Frankfurt am Main. Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte. 2002.</p> <p>9. <i>Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten -Proceso civil: ficciones y verdades-</i>. 1879. <i>Archiv für die civ. Praxis</i>. Bd. 62. 96 S.</p> <p>10. <i>Gemeines deutsches Zivilprozeßrecht -Derecho Procesal Civil alemán común-</i>. Wintersemester 1868/69. Vorlesungsnachschrift von L. Fehler (hrsg. von Johann Braun). Tübingen 2003, ISBN 3-16-148193-3.</p> <p>11. <u><i>Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozeßvoraussetzungen -La teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales-</i></u>. Gießen. 1868. VI, 320 S. Neuauflage 2007, ISBN 978-3-8364-3521-5.</p> <p>12. <i>Vertrauliche Briefe eines Unbekannten über die heutige Jurisprudenz</i>. 8. Jahrgang der deutschen Gerichtszeitung Nr. 10 (Berlin 7. März 1866). Dritte (civilprozessuale) Serie. Erster Brief. (Diese Briefe wurden von Jhering und Bülow verfasst. Die Jheringschen wurden später in Scherz und Ernst in der Jurisprudenz herausgegeben. Der zitierte Brief ist von Bülow.) 1864.</p> <p>13. <i>De praejudicialibus exceptionibus. Habilitationsschrift</i>. Heidelberg. 1863. V, 59 S. Bangel und Schmitt.</p> <p>14. <i>De praejudicialibus formulis. Dissertatio inauguralis</i>. Vratislaviae. 1859. 46 S. Grassius.</p> <p>15. <i>Legge e giurisdizione</i>. Oskar von Bülow - Philipp Zorn, a cura di Fluvio Cortese e Andrea Sandri. Herrenhaus Edizioni Seregno Lombardia.</p>
--	--

Josef Kohler ¹⁶⁵	1849-1919	<ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Deutsches Patentrecht -Derecho de patentes alemán-</i> Mannheim, 1878. 2. <i>Das Autorrecht -Derecho de autor-</i>.Jena, 1880. 3. <i>Beiträge zur germanischen Privatrechtsgeschichte - Contribuciones a la historia del derecho privado germánico-</i>. Würzburg, 1883-88. 4. <i>Das Recht des Markenschutzes -El derecho de protección de marcas-</i>. Würzburg, 1885. 5. <u><i>Der Prozess als Rechtsverhältnis -El proceso como relación jurídica-</i>. 1888.</u> 6. <i>Aus dem Patent- und Industrierecht – Sobre patentes y el derecho industrial-</i>. Mannheim, 1888. 7. <i>Forschungen aus dem Patentrecht -Investigación del derecho de patentes-</i>. Mannheim, 1888. 8. <i>Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz -La obra de arte literaria y artística y la protección del autor-</i>. Mannheim, 1892. 9. <i>Zur Urgeschichte der Ehe -La prehistoria del matrimonio-</i> 1897. 10. <i>Handbuch des deutschen Patentrechts -Manual de derecho de patentes alemán-</i>. Mannheim, 1900-1901. 11. <i>Einführung in die Rechtswissenschaft -Introducción al derecho-</i>.Leipzig, 1902. 12. <i>Leitfaden des deutschen Konkursrechts -Guía de la ley de bancarrota alemana-</i>. Stuttgart, 1903. 13. <i>Kunstwerkrecht</i>. 1908. 14. <i>Moderne Rechtsfragen bei islamitischen Juristen</i>. Würzburg, 1885. 15. <i>Das chinesische Strafrecht</i>. Würzburg, 1886. 16. <i>Rechtsvergleichende Studien über islamitisches Recht, das Recht der Berbern, das chinesische Recht und das Recht auf Ceylon</i>. Berlin, 1889. 17. <i>Altindisches Prozessrecht -La ley procesal india antigua-</i>. Stuttgart, 1891. 18. <i>Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz</i>. Würzburg 1883. 19. <i>Das Recht als Kulturerscheinung -El derecho como fenómeno cultural-</i> Würzburg. 1885. 20. <i>Das Wesen der Strafe</i>. Würzburg, 1888.
-----------------------------	-----------	---

¹⁶⁵ Véase: Gascón Inchausti, Fernando. “Josef Kohler (1849-1919)”. En: Rafael Domingo (Ed.) *Juristas Universales*, vol. 3, Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 567-571.

		<p>21. <i>Lehrbuch der Rechtsphilosophie</i> -Libro de texto de filosofía jurídica- 1908.</p> <p>22. <i>Grundlagen des Völkerrechts</i>. 1918.</p>
Adolf Wach	1843- 1926	<p>1. <i>De transferenda ad firmarium advocacione, ex VII potissimum cap. X. de jur. patr. (III, 38) explicata</i>. 1865.</p> <p>2. <i>Die Geschichte des italienischen Arrestprozesses</i> -La historia del proceso de detención italiano- . 1868.</p> <p>3. <i>Handbuch des deutschen Civilprozessrechts</i> -Manual de derecho procesal civil alemán-. Leipzig, 1885.</p> <p>4. <i>Die Beweislast nach dem bürgerlichen Gesetzbuch</i> -La carga de la prueba según el Código Civil-. Leipzig, 1901.</p> <p>5. <i>Struktur des Strafprozesses</i> -Estructura del juicio penal-. München, 1914.</p>
James Goldschmidt	1874- 1940	<p>1. <i>Die Lehre vom unbeendigten und beendigten Versuch..</i> Breslau ,1897. Neudruck Frankfurt, 1977.</p> <p>2. <i>Der Prozeß als Rechtslage</i> -El proceso como situación jurídica-. Berlin, 1925. Neudruck Aalen, 1986.</p> <p>3. <i>Zivilprozessrecht</i> -Derecho procesal civil-. Berlin, 1932.¹⁶⁶</p> <p>4. <i>Das Verwaltungsstrafrecht</i>. Berlin 1902. Neudruck Aalen 1962.</p> <p>5. <i>Problemas generales del derecho</i>. Buenos Aires 1944.</p>
Heinrich Degenkolb	1832- 1909	<p>1. <i>De legato quod fiebat per praeceptionem</i>. Dissertation, 1855.</p> <p>2. <i>Die Lex Hieronica und das Pfändungsrecht der Steuerpächter</i> -La ley Hierónica y el derecho de embargo del contribuyente-. 1861. Nachdruck, 1968.</p> <p>3. <i>Platzrecht und Miete</i>, 1867. Neudruck, 1969.</p> <p>4. <i>Einlassungszwang und Urteilsnorm. Theorie der Klagen insbesondere der Anerkennungsklagen</i> -Admisión obligatoria y norma de juicio. Teoría de los procesos, especialmente de reconocimiento-. Leipzig, 1877.</p> <p>5. <i>Beiträge zum Zivilprozess</i> -Contribuciones a los procesos civiles-. 1905. Neudruck, 1969.</p>
Alexander Sándor Plosz	1846- 1925	<p>1. <i>A keresetjogról</i> -El derecho de acción-. 1876.</p> <p>2. <i>A magyar váltójog kézikönyve</i> -La letra de cambio húngara- 1877.</p>

¹⁶⁶ En la actualidad existe una edición reciente de esta publicación: Goldschmidt, James. *Derecho, Derecho penal y Proceso II. Derecho Procesal Civil*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

		<ol style="list-style-type: none"> 3. <i>Beiträge zur Theorie des Klagerechts -Contribución a la teoría de la acción judicial-. Leipzig, 1880.</i>¹⁶⁷ 4. <i>A polgári peres eljárás reformja -Reforma del proceso civil- 1883.</i> 5. <i>A magyar polgári perrendtartás tervezete -El borrador de Código de Procedimiento Civil de Hungría-. 1885.</i> 6. <i>A magyar polgári törvénykezési jog -La legislación civil húngara-. 1888.</i> 7. <i>Törvényjavaslat a fellebbvitelről a sommás eljárásban (előadói tervezet a Magyar Királyi Igazságügyminiszter megbízásából) – Proyecto de ley sobre recursos en procedimientos sumarios (proyecto del relator en nombre del Real Ministro de Justicia de Hungría). 1889.</i> 8. <i>Kereskedelmi jog -Derecho comercial- (előadásai után jegyezte Kohn Dávid). 1890.</i> 9. <i>Törvényjavaslat a kisebb peres ügyekben való eljárásról szóló -Proyecto de ley sobre el procedimiento de reclamación de menores-. 1877. XXII. törvénycikk módosításáról, 1890.</i> 10. <i>A királyi kúria 50. sz. teljes ülési döntvénye. 1891.</i> 11. <i>Indokolás a magyar polgári perrendtartás előadói tervezethez – Justificación del proyecto de informe del Código de Procedimiento Civil de Hungría-. 1893.</i>
--	--	---

Fuente: elaboración propia

Sumado a esta relación directa e indirecta entre ambas escuelas, es de resaltar que tanto la escuela histórica como la jurisprudencia de conceptos fueron las escuelas iusteóricas y iusfilosóficas más influyentes de Alemania durante el siglo XIX. El pensamiento jurídico alemán dialogaba con estas escuelas. De allí que se considere que directa o indirectamente, o por una simple razón de afinidad teórica, existieron puentes y relaciones entre estas escuelas y los principales representantes del pensamiento procesal alemán, base de la teoría procesal.

Si bien los autores de la Escuela Italiana (Luigi Mattiolo, Ludovico Mortara, Enrico Redenti, Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei, Salvatore Satta, entre

¹⁶⁷ Disponible en:

http://www.literature.at/viewer_alo?objid=1030255&viewmode=fullscreen&scale=3.33&rotate=&page=6

otros) tuvieron sus propias concepciones iusteóricas, eso no impidió que replicaran el objeto y metodología de estudio de la herencia germánica.

Carnelutti, por ejemplo, en 1939 consideraba que la ciencia del Derecho debía estudiar al Derecho como una institución unitaria. Para esto Carnelutti reflexionó sobre: el objeto de estudio de la ciencia jurídica, los datos en que se debe basar este estudio, los principios que deben regir la investigación; y algunas de las principales herramientas metodológicas de la investigación jurídica¹⁶⁸. Para Carnelutti, el objeto de estudio de la ciencia jurídica, como ciencia práctica, son las reglas de la experiencia del obrar jurídico¹⁶⁹. Los datos de que se sirve son los actos jurídicos de mandar, obedecer, desobedecer, y sancionar (actos de fuerza)¹⁷⁰. Los principios que deben guiar la investigación son: (i) el principio de realidad del derecho, según el cual, los actos deben observarse desde la realidad; (ii) el principio de institucionalidad del derecho, según el cual, el derecho es una combinación sociológica que comprende la realidad y complejidad de los actos humanos; (iii) el principio de unidad del derecho: según el cual el derecho es en sí mismo una institución unitaria, con coherencia y unidad¹⁷¹. A su turno, para la investigación consideró Carnelutti que se debía recurrir a ciertas herramientas metodológicas¹⁷²: (i) la comparación: solo a través de la comparación de los actos, así como la comparación interna y externa entre distintos ordenamientos jurídicos, se pueden construir elaboraciones doctrinales y clasificaciones; (ii) las clasificaciones: al comparar se deben clasificar en géneros y especies los distintos actos; (iii) composición simétrica de los conceptos: se debe conceptualizar y los distintos conceptos que describan los actos deben ser coherentes entre sí (simétricos); (iv) expresión de los conceptos: esta expresión se realiza mediante definiciones y denominaciones; y (v) determinación conceptual de las reglas de la experiencia aplicables al derecho.¹⁷³

¹⁶⁸ Carnelutti, Francesco. *Metodología del derecho*. Buenos Aires: Valleta Ediciones, 2003.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² La expresión “herramientas metodológicas” no es usada directamente por Carnelutti.

¹⁷³ *Ibid.*

Esta visión metodológica de Carnelutti, si bien parte de una comprensión de la relación entre normas y realidad social a través de la noción de acto y del derecho como institución, sigue siendo conceptualista. La función de la doctrina y teoría del derecho (ciencia del derecho) es explicar unitariamente el derecho a partir de la identificación de las instituciones, por medio de (i) clasificaciones; (ii) conceptos; (iii) definiciones; todo montado en una exposición coherente de los conceptos. Carnelutti con posterioridad, en 1949, varía en parte su postura metodológica sobre la ciencia del derecho al considerar que el derecho más que ciencia es arte¹⁷⁴.

Como se puede observar en el caso de Carnelutti, y que se puede extender al resto de la escuela italiana del derecho procesal, la finalidad de la teoría y dogmática procesal coinciden con la escuela de la jurisprudencia de conceptos: construir un sistema de conceptos coherentes entre sí que simplifiquen los datos que provienen de la realidad jurídica, sean fuentes normativas o actos. Por esto es recurrente encontrar en la obra de estos autores la noción de sistema o de instituciones.

En consecuencia, se considera que la teoría procesal y la TGP que inició con la escuela italiana indirectamente se nutrió de las concepciones y herramientas metodológicas de la escuela de la jurisprudencia de conceptos y se inscribe dentro de una tradición analítica. La influencia de la razón analítica se puede observar en la siguiente cita de Carnelutti: “El estudioso opera, ante todo, en el sentido del análisis, esto es, descomponiendo los objetos y, por consiguiente, las imágenes en sus varias cualidades y caracteres; pero la descomposición no daría ningún resultado si (no) fuese seguida de la recomposición, mediante la cual, extrayendo de la especie, se obtiene el género”¹⁷⁵.

3.4 Tipos de teoría procesal

En este acápite se quiere mostrar que no toda la teoría procesal es conceptualista, ni encuentra tan marcada la influencia de la escuela alemana y de la jurisprudencia de conceptos. Existen otras formas de realizar teoría procesal.

¹⁷⁴ Carnelutti, Francesco. *El arte del derecho*. Bogotá D.C.: Editorial Leyer, 2006.

¹⁷⁵ Carnelutti, Francesco, 2003, Op. Cit., p. 69.

Antes de proceder al estudio de las diversas formas de emprender la labor teórico procesal, es pertinente complementar la exposición histórica presentada en la sección 3.2 de este trabajo, con la exposición de dos grandes fases teórico-procesales: la que Vittorio Denti denominó la fase “sistemática” (inaugurada con Chiovenda y heredera de la pandectística alemana). Fase caracterizada porque los estudios procesales perseguían la construcción de grandes sistemas conceptuales. Y, por otra parte, la fase de la “post-sistemática” (surgida desde la segunda mitad del S. XX con autores como el mismo Vittorio Denti y como Mauro Cappelletti). Esta segunda fase se caracterizó por el estudio de los principios constitucionales del proceso, el abordaje sociológico del proceso y del derecho procesal, y por la aproximación al derecho procesal comparado¹⁷⁶.

Es en este sentido que a continuación se presentan las distintas formas de hacer teoría procesal, de acuerdo con las dos fases reseñadas anteriormente. En consecuencia, se expondrá (i) la teoría conceptualista del derecho procesal (propia de la fase “sistemática”); y dentro de la fase de la “post-sistemática” se presentarán (ii) la teoría sociológica y comparada; (iii) la teoría de los confines o de las fronteras; (iv) la teoría neoconstitucional; y (v) algunas nuevas posibilidades teóricas en materia procesal. En todo caso, como toda tipología puede tener grados considerables de arbitrariedad y no corresponde exactamente con la realidad, solamente sirve de guía de análisis.

3.4.1 Teoría conceptualista

Esta es la teoría procesal tradicional. Aquella que se concentra en la construcción de un sistema de conceptos procesales coherentes entre sí. Esta forma de realizar teoría procesal se centra en: instituciones, conceptos, categorías, principios, definiciones, características de las instituciones y sus principales efectos jurídicos. Este tipo de teorías

¹⁷⁶ Aramburo, Maximiliano. *Decisión judicial y prueba en la obra de Michele Taruffo*. Alicante: Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho internacional Privado. Tesis presentada para aspirar al grado de Doctor por la Universidad de Alicante. Tesis dirigida por: Manuel Atienza Rodríguez y José Daniel González Lagier, 2020, p. 55.

se pueden adscribir a la tradición analítica de la teoría jurídica, debido a su herencia y cercanía con la escuela de la jurisprudencia de conceptos.

Más adelante se mostrará cómo este es el tipo de teoría procesal que caracteriza a la TGP predominante en Colombia.

3.4.2 Teoría sociológica y comparada

A mitad de siglo XX y durante la segunda mitad del mismo siglo, algunos autores como Mauro Cappelletti y Vittorio Denti, herederos de Piero Calamandrei, se apoyaron en varias de las ideas de este último: su idea del sentimiento en las sentencias¹⁷⁷, su crítica al silogismo jurídico¹⁷⁸, entre otras, para desarrollar una renovada forma de hacer teoría procesal. Este tipo de teoría procesal tiene cuatro características, desde mi punto de vista: (i) comprende al proceso y al derecho procesal como un fenómeno social¹⁷⁹; (ii) analiza el proceso y el derecho procesal desde un punto de vista sociológico¹⁸⁰¹⁸¹; (iii) profundiza en el derecho procesal comparado para sacar conclusiones útiles para las modificaciones y funcionamientos de las instituciones procesales¹⁸²; (iv) se preocupa por los problemas de justicia social¹⁸³ y por el acceso real a la justicia¹⁸⁴.

¹⁷⁷ Calamandrei, Piero. *Proceso y Democracia: conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*. Buenos Aires: Ediciones Europa-América, 1960, pp. 57-84.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ Cappelletti, Mauro. *Proceso, ideologías y sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

¹⁸⁰ Este punto de vista sociológico fue el que condujo a Cappelletti a preguntarse por la relación entre el proceso, el derecho procesal, y las ideologías. *Ibidem*.

¹⁸¹ La relación con la sociología es tal que, Vittorio Denti -junto con Uberto Scarpelli, Giovanni Tarello, Vincenzo Tomeo y Renato Treves- fue de los autores más influyentes de la revista *Sociologia del Diritto*, creada por Renato Treves. Ferrari, Vincenzo. *Primera Lección de sociología del derecho*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, pp. 2-3. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3920/11.pdf>

¹⁸² Dentro de la escuela italiana la preocupación por el derecho procesal comparado inicia alrededor de 1924-1925. Denti, Vittorio & Taruffo, Michele. "La rivista di Diritto Processuale Civile". En: *Riviste giuridiche italiane (1865-1945). Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. No. 16, giuffré editore milano, 1987, pp. 631-664, pp. 643-656. Disponible en: <http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/16/0633.pdf>

¹⁸³ Denti, Vittorio. "Processo civile e giustizia sociale". En: *Diritto e cultura moderna*. No. 10. Milano: Edizioni di comunità, Eds: Renato Treves y Uberto Scarpelli, 1971.

¹⁸⁴ Cappelletti, Mauro. *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

La distancia de esta este tipo de teoría procesal frente a la teoría conceptualista del proceso se puede evidenciar más claramente en las siguientes palabras de Mauro Cappelletti:

«He usado la palabra “compromiso” con la tranquila conciencia de quien ha creído y cree en una tarea que también en Italia es ahora perseguida por muchos. Se trata, por un lado, de poner radicalmente en discusión un método de estudio típicamente escolástico, dogmático y formalístico, que tiene por finalidad la búsqueda de una ciencia “pura” e ideológicamente “neutral”, método que por tanto tiempo ha sido y, dentro de ciertos límites, continúa siendo el prevaleciente en la doctrina jurídica de nuestro país; por otro lado, de concebir el derecho como fenómeno social y, en consecuencia, la ciencia jurídica como ciencia sociológico-valorativa, y no formal, ciencia de problemas prácticos y no de sistematizaciones conceptuales abstractas, ciencia de resultados concretos y no de deducciones apriorísticas, ciencia -en fin- de elecciones creativas y por ende responsables, y no de conclusiones automáticas.»¹⁸⁵

3.4.3 Teoría de los confines

Este tipo de teoría procesal es una continuación y profundización de la teoría sociológica y comparada. La denominación se debe a la publicación del profesor Michele Taruffo “*Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*”¹⁸⁶ traducido al castellano como “Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil”¹⁸⁷. La idea de la expresión es que se trata de una teoría que se construye desde las fronteras disciplinares¹⁸⁸ y desde las fronteras espaciales, de allí

¹⁸⁵ Cappelletti, Mauro. *Proceso, ideologías y sociedad*. Op. Cit., pp. IX-X.

¹⁸⁶ Taruffo, Michele. *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*. Bologna, Italia: Società Editrice Il Mulino, 2002.

¹⁸⁷ Taruffo, Michele. *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2006.

¹⁸⁸ De acuerdo con el profesor Eduardo Oteiza, Taruffo “utiliza los diversos confines para colocarse sobre los supuestos límites de los fenómenos que analiza. Propone abandonar las visiones que defienden una ciencia pura y cristalizada, que excluyen aquella que perturba”. Oteiza, Eduardo. “El uso del precedente en el diálogo entre cortes nacionales y transnacionales”. En: *Debatiendo con*

que considere que este tipo de teoría cuenta con las siguientes siete características: (i) aborda el proceso y el derecho procesal como un campo o subsistema del sistema social; (ii) considera que el proceso depende de distintos factores como la organización socioeconómica, el régimen político, o la cultura de una determinada sociedad¹⁸⁹; (iii) establece una estrecha relación entre el proceso y la cultura jurídica y política de la sociedad; (iv) considera que existen dos fenómenos paralelos: el multiculturalismo procesal¹⁹⁰ (distintas culturas procesales a diferentes niveles) y la globalización del proceso¹⁹¹ (tendencias a la armonización y unificación de regímenes procesales); (v) utiliza como herramientas metodológicas de investigación sociológicas y de antropología cultural para explicar estos fenómenos paralelos y la relación proceso-sociedad-cultura-ideología; (vi) recurre sistemáticamente al estudio del derecho procesal comparado¹⁹²; y (vii) hace uso frecuente de herramientas filosóficas o de disciplinas afines para el análisis de los distintos ámbitos de la teoría procesal.

Algunos ejemplos del uso de herramientas filosóficas o de disciplinas afines son los siguientes: a) acudir a las teorías de la justicia (y a la discusión entre justicia procesal y sustancial) para analizar la justicia de las decisiones judiciales¹⁹³; b) acudir a la semiótica para explicar la estructura de las decisiones judiciales¹⁹⁴; c) recurrir a la epistemología para el análisis del derecho y el razonamiento probatorio¹⁹⁵; d) acudir a la teoría y filosofía del derecho (por ejemplo a las teorías del universalismo o particularismo jurídico) para

Taruffo. Coeds: Ferrer Beltrán, Jordi & Vásquez, Carmen. Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 157-175, p. 157.

¹⁸⁹ El profesor Mirjan Damaska trata de abordar en un esquema unitario todos estos factores en: Damaska, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

¹⁹⁰ Taruffo, Michele. *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Op. Cit., pp. 5-17; y Taruffo, Michele. “¿Armonizar el proceso civil en Europa?”. En: *Páginas sobre la justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 213-230.

¹⁹¹ Taruffo, Michele. *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Op. Cit., pp. 17-21.

¹⁹² Ejemplo de esta sistematicidad en el uso del derecho procesal comparado son los trabajos de los profesores Michele Taruffo y Mirjan Damaska.

¹⁹³ *Ibidem*, pp. 199-212.

¹⁹⁴ Taruffo, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. México D.F.: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

¹⁹⁵ Taruffo, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010; y Nieva Fenoll, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, entre otros.

reflexionar sobre figuras procesales como el recurso extraordinario de casación y las funciones de las altas Cortes¹⁹⁶, entre otras.

En síntesis, dentro de esta forma de hacer teoría procesal, dentro de la cual se ubican autores como Michele Taruffo, Jordi Nieva Fenoll, Mirjan Damaska, Eduardo Oteiza, Daniel Mitidiero, entre otros, lo principal es traspasar constantemente las fronteras disciplinares (estudios interdisciplinarios, acudiendo a herramientas de investigación sociológicas, antropológicas y filosóficas) y espaciales (análisis constante del derecho procesal comparado). Estos confines se explican al concebir al proceso y al derecho procesal como un campo o subsistema del sistema social.

3.4.4 Teoría neoconstitucional

Este tipo de forma de teoría no es más que una aplicación de la teoría “neoconstitucional” (estudiada en la sección 2.3.1 de este trabajo) al estudio del derecho procesal. Sin embargo, cuenta con algunas particularidades, que a mi parecer se sintetizan en los siguientes cinco postulados básicos: (i) existe actualmente una constitucionalización del derecho procesal; (ii) la constitucionalización debe tomarse como el marco de referencia para entender las categorías e instituciones que integran el sistema del derecho procesal¹⁹⁷; (iii) el derecho procesal desarrolla, y debe desarrollar, las principales garantías y derechos procesales consagrados en las constituciones políticas; (iv) estas garantías y derechos deben estudiarse como principios, en el sentido de Dworkin o de Alexy, y permiten conectar el derecho con la moral y la política; y (v) la teoría procesal debe construirse a partir de nuevas fuentes, el centro ya no es la codificación procesal, sino la jurisprudencia de las cortes constitucionales que interpretan los derechos y garantías constitucionales del proceso, y que son fuente vinculante en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

¹⁹⁶ Taruffo, Michele. *El vértice ambiguo: ensayos sobre la casación civil*. Lima: Palestra Editores, 2005.

¹⁹⁷ Quiroga Cubillos, Héctor Enrique. “El estado de la ciencia del derecho procesal en Colombia”. En: *Revista Pensamiento Jurídico*. Núm. 45. Universidad Nacional de Colombia, 2017, pp. 269-345, p. 270. Disponible en: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/65678/pdf>

Este tipo de teoría procesal es la que el profesor peruano Roberto González Álvarez denomina como el “nuevo paradigma de la ciencia procesal”¹⁹⁸. En Colombia podemos encontrar en parte, como representación de este tipo de teoría (aunque esto no implique que estos profesores sean en sentido estricto neoconstitucionalistas): la “Teoría constitucional del proceso” del profesor Edgardo Villamil Portilla¹⁹⁹ y el estudio sobre “El estado de la ciencia del derecho procesal en Colombia” del profesor Héctor Enrique Quiroga Cubillos²⁰⁰.

3.4.5 Nuevas posibilidades teóricas

Considero que en Colombia existen en potencia dos posibilidades teóricas novedosas, que no sé del todo si considerar como dos nuevos tipos de teoría procesal, o si considerar como variantes teóricas del tipo sociológico o del tipo de los confines. Me refiero a los recientes trabajos teóricos de los profesores de la Universidad Nacional de Colombia: Marcel Silva Romero y Héctor Enrique Quiroga Cubillos.

El profesor Marcel Silva Romero ha elaborado una especie de teoría histórico-crítica del proceso. Este tipo de teoría, presente en su reciente libro “Teoría general del proceso. Una concepción social y democrática del derecho”²⁰¹, entre otras, tiene las siguientes características: (i) estudia la historia del proceso en Colombia en el marco más amplio de la historia social. (ii) Considera que la investigación histórica permite entender la cultura y prácticas de un pueblo en relación con la administración de justicia. (iii) Estima que este entendimiento es necesario para diagnosticar y plantear posibles soluciones frente a los problemas reales que se le presentan a la administración de la justicia. (iv) No se centra

¹⁹⁸ González Álvarez, Roberto. “El principio fundamental de acción: nuevo paradigma de la ciencia procesal”. En: *Ars Boni et Aequi*. Vol. 7, núm. 2, 2011, pp. 199-238. Otro trabajo relevante del mismo profesor peruano en esta línea teórica es: González Álvarez, Roberto. *Neoprocesalismo. Teoría del proceso civil eficaz*. Lima: Ara Editores, 2013.

¹⁹⁹ Villamil Portilla, Edgardo. *Teoría constitucional del proceso*. Santafé de Bogotá: Doctrina y Ley, 1999.

²⁰⁰ Quiroga Cubillos, Héctor Enrique. “El estado de la ciencia del derecho procesal en Colombia”. Op. Cít.

²⁰¹ Silva Romero, Marcel. *Teoría General del Proceso. Una concepción social y democrática del derecho*. Bogotá D.C.: Legis Editores, 2020.

en elaboradas construcciones conceptuales, aunque las aborda contextualizadas, sino en la comparación de realidades históricas para de allí sacar conclusiones (o lecciones) teóricas que ayuden a mejorar la práctica. (v) Considera que el estudio histórico permite, a partir de la abstracción de las particularidades, evidenciar grandes tendencias históricas frente a la administración de justicia. Estas tendencias se pueden reconstruir como modelos o sistemas de juzgamiento que, directa o indirectamente, definen la forma cómo una sociedad regula el proceso. Y (vi) permite concluir alternativas para un proceso y derecho procesal más democrático y social, a partir de la comprensión de las prácticas y de la cultura procesal, del diagnóstico y posibles soluciones a los problemas de la justicia, de las lecciones teóricas y de las tendencias históricas en torno a la administración de justicia.

Por su parte, el profesor Héctor Enrique Quiroga Cubillos, durante su año sabático (2018), estuvo trabajando en la construcción de una teoría procesal que analizara el fenómeno procesal desde el marco teórico y metodológico de la teoría de los sistemas de Niklas Luhman. En la actualidad estamos en la espera de la publicación de esta investigación. Sin duda, esta reflexión se constituirá en una puerta de entrada a un nuevo tipo de teoría procesal en Colombia.

3.5 TGP predominante en Colombia

En Colombia, como en buena parte de los países latinoamericanos, se mezclan en la práctica las distintas subprofesiones jurídicas²⁰², de allí que quienes se dedican al estudio, enseñanza y dogmática del derecho procesal, por regla general combinen las subprofesiones de profesor, abogado litigante o juez; motivo por el cual, la teoría procesal predominante se encuentra más cerca del detalle técnico y del ejercicio de la profesión de jurista, sea como litigante o como miembro de la judicatura, que de la generalidad propia de la teoría jurídica.

²⁰² Cfr. García Villegas, Mauricio & Ceballos Bedoya, María Adelaida. *Abogados sin reglas. Los profesionales del derecho en Colombia: mucho mercado y poco estado*. Bogotá D.C.: Ariel, 2019; y García Villegas, Mauricio & Ceballos Bedoya, María Adelaida. *La profesión jurídica en Colombia. Falta de reglas y exceso de mercado*. Bogotá D.C.: Dejusticia, 2019.

Es así como la literatura sobre el tema en Colombia tiende a manejar, en primer lugar, un marco teórico y referencial basada en la dogmática alemana de la segunda mitad de siglo XIX, la dogmática italiana, y la iberoamericana; en segundo lugar, desde el punto de vista metodológico no se aparta de la estructura de la de la fase “sistemática” de la escuela Italiana del derecho procesal, esto es, del estudio de conceptos e instituciones procesales desde un punto de vista conceptual; y, en tercer lugar, son trabajos que tienden a comentar desde una perspectiva sistemática las principales figuras procesales que se presentan en el derecho positivo nacional.

Con base en estas características, se puede observar que buena parte de la doctrina existente en materia de TGP²⁰³ cuenta con estructuras similares. Es así como, a efectos de mostrar de forma sintética los contenidos temáticos recurrentes de la disciplina se tiene lo siguiente:

La TGP suele presentarse así: en primer lugar, se estudia un fundamentación previa del proceso y el derecho procesal. En segundo lugar, se presentan los conceptos generales de proceso y derecho procesal, y los temas asociados al derecho procesal como sistema de normas que rige al proceso. Y, en tercer lugar, se presenta la trilogía estructural: acción, jurisdicción y proceso (o procedimiento).

En orden, los textos de TGP inician con acápites de fundamentación del proceso y del derecho procesal. En esta fundamentación se explican los distintos métodos de resolución de conflictos y se contextualiza al proceso como una método heterocompositivo de resolución de conflictos. También se suele presentar un breve recuento histórico del

²⁰³ Cfr. Devis Echandía, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría General del Proceso*. Decimoquinta edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis y Pontificia Universidad Javeriana, 2012; López Blanco, Hernán Fabio. *Código General del Proceso. Parte General*. Bogotá D.C., Colombia: DUPRE Editores, 2016; Rojas Gómez, Miguel Enrique. *Lecciones de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría del Proceso*. Bogotá D.C.: Escuela de Actualización Jurídica (ESAJU), 2017; Parra Quijano, Jairo. *Derecho Procesal Civil. Parte General*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1992; Azula Camacho, Jaime. *Manual de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría general del proceso*. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2010; Quintero, Beatriz & Prieto, Eugenio. *Teoría General del Proceso. Tomo I*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1995.

proceso y el derecho procesal y se presenta una clasificación de los principales sistemas procesales.

En segundo lugar, los textos suelen abordar el tema del proceso y el Derecho Procesal: qué es el proceso, cuál es su justificación, su fundamentación, su naturaleza jurídica, sus características, clasificación, finalidad, qué es el derecho procesal y cuáles son sus características, cómo se interpretan e integran las normas procesales, cómo se aplican las normas procesales en el tiempo y en el espacio, los principios procesales y las reglas técnicas en el procedimiento, entre otras.

Y, en tercer lugar, en cuanto a la tríada fundamental del proceso, se estudia la acción y sus subtemas: derecho de contradicción, pretensión y oposición a la pretensión; la jurisdicción y sus subtemas: jurisdicción y competencia; y en cuanto al proceso y al procedimiento se estudian: los sujetos procesales, la estructura del proceso, la teoría de los actos procesales y la validez de los actos procesales (nulidades procesales), entre otras.

Para ejemplificar esta afirmación, obsérvese la estructura de las siguientes obras:

Tabla 3-2: Estructura de algunas de las principales obras de la TGP en Colombia.

Obra	Autor	Estructura
Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Tomo I ²⁰⁴	Hernando Devis Echandía	<ol style="list-style-type: none"> 1. Noción, naturaleza, características, importancia, objeto y fin del derecho procesal. 2. Historia de los sistemas procesales y del derecho procesal. 3. Principios fundamentales del derecho procesal y el procedimiento. 4. La ley procesal y su vigencia en el tiempo y el espacio. 5. La función judicial. 6. La jurisdicción. 7. Funciones administrativa y legislativa y diferencias con la función jurisdiccional.

²⁰⁴ Devis Echandía, Hernando. *Ibíd.*

		<ol style="list-style-type: none">8. Organización de la función jurisdiccional.9. La competencia y factores para su distribución entre los diversos despachos.10. Del proceso.11. De la acción.12. El derecho de contradicción.13. De la pretensión.14. La oposición a la pretensión. Las defensas del demandado e imputado.15. El interés en la pretensión u oposición para la sentencia de fondo (También llamado interés para obrar).16. La "Legitimatío ad causam" o legitimación en la causa.17. Presupuestos procesales y materiales o sustanciales.18. Quiénes son sujetos de la relación jurídico procesal.19. El juez.20. De quiénes ejercen en Colombia la función jurisdiccional y cuáles son sus atribuciones.21. Las partes.22. Los terceros y su intervención.23. Capacidad, representación y postulación procesales, de las partes e intervinientes.24. Derechos, facultades, deberes, cargas y responsabilidades de las partes en el proceso.25. Teoría de los actos procesales.26. Actos de introducción procesal: la demanda y su contestación la querrela y la denuncia penal.27. Actos de impulsión y trámite del proceso, de aseguramiento, probatorios y de alegación.28. Actos decisorios del juez, Autos y Sentencias.29. De la congruencia en las providencias del juez.30. De la cosa juzgada.31. De la prejudicialidad, influencia del proceso penal y del seguido ante otras jurisdicciones en el civil y viceversa.32. Actos de comunicación procesal y especialmente la notificación de las providencias del juez.33. Recursos contra las providencias del juez.
--	--	---

		<p>34. Modos excepcionales de ponerle término al proceso.</p> <p>35. De los vicios de los Actos Procesales y sus Remedios: inexistencia, nulidad, anulabilidad y revocación.</p>
Manual de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría general del proceso ²⁰⁵	Jaime Azula Camacho	<p>1. Concepto, naturaleza y características del derecho procesal.</p> <p>2. Fuentes del derecho procesal.</p> <p>3. Concepto y elementos del proceso.</p> <p>4. Naturaleza jurídica del proceso.</p> <p>5. Clasificación del proceso.</p> <p>6. Reglas y sistemas del procedimiento.</p> <p>7. Historia del proceso.</p> <p>8. La acción.</p> <p>9. El derecho de contradicción.</p> <p>10. La jurisdicción.</p> <p>11. La organización judicial.</p> <p>12. Los funcionarios judiciales.</p> <p>13. Atribuciones de los funcionarios judiciales: teoría de la competencia.</p> <p>14. Auxiliares de la justicia.</p> <p>15. El Ministerio Público.</p> <p>16. Las partes.</p> <p>17. Los apoderados judiciales.</p> <p>18. Pluralidad de partes.</p> <p>19. La pretensión.</p> <p>20. Actitudes del demandado frente a la pretensión.</p> <p>21. Concepto y clasificación de los actos procesales.</p> <p>22. Elementos del acto procesal.</p> <p>23. Requisitos del acto procesal.</p> <p>24. Actos del funcionario judicial.</p> <p>25. Teoría de la cosa juzgada.</p> <p>26. Actos de introducción.</p> <p>27. Actos de comunicación.</p> <p>28. Medios de impugnación.</p> <p>29. Presupuestos del proceso.</p> <p>30. Crisis del proceso.</p> <p>31. Terminación anormal del proceso.</p>

²⁰⁵ Azula Camacho, Jaime. *Manual de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría general del proceso.* Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2010.

Teoría General del Proceso. Tomo I ²⁰⁶	Beatriz Quintero y Eugenio Prieto	<ol style="list-style-type: none"> 1. La teoría del proceso. 2. La teoría de la norma procesal. 3. Los principios generales del derecho procesal. 4. Aspecto histórico. 5. La jurisdicción. 6. La competencia. 7. El derecho de acción. 8. La pretensión. 9. El proceso.
Derecho Procesal Civil. Tomo I. Parte General ²⁰⁷	Jairo Parra Quijano	<ol style="list-style-type: none"> 1. Principios del derecho procesal civil. 2. Jurisdicción y competencia. 3. Competencia subjetiva. 4. El proceso. 5. La pretensión. 6. El derecho de contradicción. 7. La demanda. 8. Las partes. 9. Los terceros en el proceso civil. 10. Apoderados. 11. Deberes y responsabilidades de las partes y de sus apoderados. 12. Actos procesales del juez. 13. Notificaciones. 14. Los recursos, generalidades. 15. Nulidades procesales. 16. Reglas generales de procedimiento. 17. Causales de interrupción y suspensión del proceso civil. 18. Terminación anormal del proceso. 19. Expensas y costas. 20. Sentencias y laudos proferidos en el exterior y comisiones de jueces extranjeros.
Código General del Proceso. Parte General ²⁰⁸	Hernán Fabio López Blanco	<ol style="list-style-type: none"> 1. Evolución histórica del derecho procesal civil colombiano. 2. El derecho procesal, la ley procesal civil. 3. Los principios informadores y las reglas técnicas del procedimiento civil.

²⁰⁶ Quintero, Beatriz & Prieto, Eugenio. *Teoría General del Proceso. Tomo I*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1995.

²⁰⁷ Parra Quijano, Jairo. *Derecho Procesal Civil. Parte General*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1992.

²⁰⁸ López Blanco, Hernán Fabio. *Ibid.*

		<ol style="list-style-type: none"> 4. Jurisdicción y competencia. 5. El derecho de acción. 6. La actuación judicial. 7. La demanda. 8. Defensas del demandado, excepciones. 9. La conciliación. 10. Actos procesales del juez. 11. Las notificaciones. 12. Los medios de impugnación, las nulidades procesales y su saneamiento. 13. Causales de interrupción y suspensión de los procesos civiles. 14. La terminación anormal del proceso. 15. Las expensas y las costas. 16. Las medidas cautelares y las cauciones.
<p>Lecciones de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría del proceso</p>	<p>Miguel Enrique Rojas Gómez</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Nociones preliminares. 2. El derecho procesal y el imperio del orden jurídico. 3. La jurisdicción. 4. Derecho de acción. 5. Derecho de contradicción. 6. Interés para obrar y legitimación en la causa. 7. El proceso. 8. Garantías procesales fundamentales. 9. Las decisiones judiciales. 10. Convocatoria de los interesados al proceso y comunicación de las decisiones judiciales. 11. La impugnación. 12. La competencia. 13. Medidas cautelares. 14. Eficacia de la actuación procesal. 15. Fuentes del derecho procesal. 16. Sistemas o modelos procesales. 17. Las familias procesales. 18. Reflexiones en torno a la justicia judicial colombiana.

Fuente: elaboración propia

Es así es como se presenta la disciplina predominante en Colombia.

3.6 Problemas internos de la TGP predominante en Colombia

De lo expuesto con anterioridad, se tiene el concepto y objeto de estudio de la Teoría General del Proceso predominante en Colombia y, en parte, su fundamento histórico. En este apartado se busca de forma enunciativa presentar algunos problemas internos que se le presentan a esta forma de realizar teoría procesal.

3.6.1 Grado de generalidad

La TGP predominante en Colombia, como su nombre lo indica, implica un alto grado de generalidad, porque persigue abordar las instituciones comunes a todos los procesos y procedimientos, explicando al proceso como un método de resolución de conflictos a partir de la discusión racional ante un tercero imparcial. Sin embargo, tanto en las carreras universitarias, como en las obras de la materia, se evidencia la tendencia a identificar la TGP con derecho procesal civil general, excluyendo de su estudio otras disciplinas que tiene la pretensión de abordar.

3.6.2 Dogmática y teoría

Como se expuso al inicio de este estudio, la TGP, por su especial relación con el ejercicio de la profesión, oscila entre el detalle y la técnica propia del quehacer diario de los procedimientos y la generalidad que la acerca al ámbito de la teoría jurídica.

Este problema no es exclusivo de la teoría procesal, sino que es una constante en el estudio de la carrera de derecho, toda vez que se trata, por una parte, de una disciplina académica, y, por otra, de una profesión que exige detalle técnico.

Es por esto que, si bien la TGP debería abordarse como una especie del género teoría jurídica, no obstante, se acerca más al comentario y estudio de las disposiciones normativas del derecho positivo nacional²⁰⁹.

3.6.3 El proceso como objeto de estudio

Desde el punto de vista interno, existen dudas sobre la extensión del objeto de la TGP que se derivan de la relación entre la noción de proceso y de debido proceso y métodos de resolución de conflictos.

3.6.3.1. El proceso judicial y el debido proceso

Si se considera que el objeto de estudio de la TGP son los procesos judiciales, debe tenerse en cuenta que la definición de estos, por regla general, depende de tres factores, que denominaré: (i) factor orgánico (jurisdicción); (ii) factor formal (procedimiento) y (iii) el factor funcional (función u objeto del proceso).

El factor orgánico responde a la pregunta ¿Quién es el tercero imparcial llamado a resolver la problemática?, el factor formal responde a la pregunta ¿cómo se desenvuelve y tramita el proceso?, y el factor funcional responde a la pregunta ¿Cuál es la función u objeto del proceso? Frente a estas preguntas las respuestas por regla general tienden a ser: (i) quien se encuentra llamado a resolver la situación problemática es un tercero revestido de función jurisdiccional; (ii) el proceso se tramita a partir de procedimientos, entendidos como una serie o sucesión de actos; y (iii) la función u objeto del proceso, puede ser, entre otras: a) resolver conflictos, b) hacer efectivo el derecho objetivo ante su incumplimiento y violación, c) hacer efectivos los derechos subjetivos ante su violación o amenaza, d) resolver pretensiones; o e) solucionar litigios.

²⁰⁹ Ejemplo de ello es el libro del profesor Hernán Fabio López Blanco. Al observar su contenido temático se trata de temas propios de la tradicional Teoría General del Proceso, aun así, desde su título se evidencia que se trata de un estudio de la parte general del Código General del proceso, ley 1564 de 2012.

Por dogmática jurídica se entiende en el presente trabajo al estudio de las disposiciones normativas de derecho positivo de un determinado sistema u ordenamiento jurídico.

Ahora bien, si uno de los elementos definitorios del proceso es el elemento orgánico, esto es, la jurisdicción, se excluyen de su estudio y objeto todos los demás procedimientos que se surten ante autoridades no revestidas de función jurisdiccional, ejemplo de ello, las autoridades administrativas en el marco de procedimientos administrativos.

En contraste a esto, a partir de las constituciones de posguerra se han constitucionalizado las principales garantías procesales, y dentro de estas, dos derechos fundamentales de especial relevancia: el acceso efectivo a la administración de justicia o tutela jurisdiccional efectiva, y el debido proceso. Es así como la doctrina actual tiende a sentar las bases de la TGP en la noción de debido proceso, y este es de aplicación tanto en los procesos jurisdiccionales como en las actuaciones administrativas, he aquí un problema actual que se presenta a la hora de delimitar el objeto de la TGP: ¿Procesos o procedimientos?, ¿solamente procesos jurisdiccionales o también todo aquel procedimiento donde tenga regencia el debido proceso?

3.6.3.1. El proceso judicial y la resolución de conflictos

Algunos de los trabajos de TGP en Colombia, inician su estudio poniendo de presente que el proceso surgió y se constituye como un método heterocompositivo de resolución de conflictos, pero resaltando que, a partir de una delimitación extensional del objeto de estudio de la teoría procesal, este se reduce exclusivamente al proceso judicial²¹⁰. Es así como un problema interno de la delimitación del objeto de estudio de la Teoría General implica la pregunta de si se debe restringir únicamente al proceso judicial, a todos los métodos heterocompositivos de resolución de conflictos, o a todos los métodos de resolución en general.

Antes de presentar algunas particularidades de este problema, se deben aclarar algunos conceptos. En primer lugar, de acuerdo con la dogmática, los métodos de resolución de

²¹⁰ En este punto se debe precisar que el objeto tradicional de la Teoría General del Proceso el objeto se limita al proceso judicial y no así a una noción más amplia de “proceso jurisdiccional” en tanto esta noción podría llegar a abarcar procedimientos ante particulares con función jurisdiccional transitoria o ante autoridades administrativas con función jurisdiccional excepcional.

conflictos se pueden clasificar en: autotutela²¹¹ (una parte se impone sobre la otra), autocomposición²¹² (entre las partes se resuelve el conflicto) y heterocomposición²¹³ (un tercero imparcial resuelve el conflicto y la controversia). En segundo lugar, la noción de heterocomposición es ambigua, en tanto algunos consideran que se trata de todos los métodos de resolución de conflictos en que interviene un tercero aun cuando la resolución de la controversia provenga de las mismas partes, mientras que para otros, los métodos heterocompositivos son todas aquellas en que el tercero tiene la vocación de resolver la controversia, en esta última postura, por ejemplo, la conciliación sería un mecanismo de autocomposición asistida y no así de heterocomposición²¹⁴.

A efectos de este trabajo se considerará por heterocomposición todo aquel método en que la resolución de la controversia esté llamada a ser adoptada por un tercero imparcial, de allí que toda heterocomposición implique adjudicación. Los demás métodos en que intervengan terceros sin que estén llamados a resolver la controversia mediante una decisión serán considerados como una especie de autocomposición.

Ahora bien, el problema interno se presenta en los siguientes términos: (i) algunos consideran que todos los métodos de resolución de conflictos deben ser abordados por la teoría procesal, ejemplo de ello es la postura de Niceto Alcalá Zamora, para quien tanto la autotutela como la autocomposición son formas de resolver litigios (controversias

²¹¹ “Consiste en la defensa que de su propio derecho hace el titular” Quintero, Beatriz & Prieto, Eugenio. *Ibíd.*, p. 8.

²¹² “Es la solución del conflicto por las mismas partes” *Ibidem*.

²¹³ “Supone esta figura la solución del conflicto por un tercero que interviene con el fin de provocar un arreglo” *Ibíd.*

²¹⁴ Esta noción ha sido incorporada por la Corte Constitucional: “Parte importante de la doctrina sobre resolución de conflictos reconoce dos grandes sistemas de respuesta. El primero, denominado de autocomposición, compuesto por aquellos medios en los cuales son las propias partes confrontadas las que resuelven sus desavenencias, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, ya sea de manera directa o asistidos por terceros neutrales que facilitan el diálogo y la búsqueda de soluciones al conflicto. Dentro de este primer grupo se encuentran mecanismos como la negociación, la mediación y la amigable composición.” “El segundo grupo, denominado de heterocomposición, compuesto por aquellos medios en los cuales las partes enfrentadas someten la solución de sus conflictos a terceros que se encargan de resolverlos independientemente de la autonomía de la voluntad de las partes. En este segundo grupo se ubican tanto los mecanismos de justicia formal como el arbitraje.” Corte Constitucional, sentencia C-1195 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

jurídicamente trascendentes) y el objeto de la teoría procesal debe ser la resolución de litigios; (ii) los otros métodos de resolución de conflictos no son objeto directo de la Teoría general del Proceso predominante en Colombia, son estudiados no en sí mismos, sino como subtemas de otros temas (v.gr. El estudio de la transacción y la conciliación como modos anormales de terminación del proceso; los efectos de cosa juzgada de los acuerdos transaccionales; el compromiso y la cláusula compromisoria como causales de excepción previa, entre otros); y (iii) la comprensión a cabalidad de los métodos de resolución de conflictos no jurisdiccionales implica importantes esfuerzos interdisciplinarios para abordar a cabalidad el problema de los distintos tipos de conflicto social.

A efectos de este trabajo, se considera que, al ampliar el objeto de estudio de la TGP, el objeto de estudio no se debe delimitar exclusivamente al proceso judicial, ni tan siquiera solamente a los métodos heterocompositivos de resolución de conflictos, en tanto resulta más útil para la sociedad, así como para el manejo de las vicisitudes de los procesos tener una visión integral de los distintos métodos de resolución de conflictos.

3.7 Problemas externos de la TGP predominante en Colombia

Los problemas externos de la Teoría General del Proceso no derivan de la forma en como actualmente se realiza la teoría procesal, sino de (i) su comprensión como especie del género “Teoría del Derecho”; (ii) de su ubicación dentro de una tradición analítica de la teoría del derecho, heredada de la escuela de la jurisprudencia de conceptos alemana; y (iii) de retos contemporáneos que se le presentan a este tipo de teorías jurídicas, especialmente provenientes de la globalización y del ascenso del reconocimiento de la diversidad cultural; estos desafíos serán abordados en el siguiente apartado.

3.8 Conclusiones

Sobre este primer apartado se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- 1) La definición, tanto intensional como extensional, de la TGP determina, en buena medida, su objeto de estudio.

- 2) La definición de la TGP predominante en Colombia, que se deriva del proceso histórico de su formación, concibe a la TGP como un estudio sistemático de los principios, instituciones, categorías y conceptos procesales comunes a los distintos procesos, y esos elementos comunes son: la acción, la jurisdicción y el proceso.
- 3) Así definida la TGP, su objeto de estudio se centra de forma principal en: (i) algunas cuestiones preliminares sobre el proceso y el derecho procesal (noción, características, naturaleza jurídica, interpretación y aplicación de las normas procesales en el tiempo y en el espacio, historia, sistemas procesales, etc.); y (ii) la trilogía estructural: acción (derecho de acción, derecho de contradicción, pretensión, oposición a la pretensión, etc.), la jurisdicción (jurisdicción y competencia), y el proceso o el procedimiento (sujetos procesales, estructura del proceso y teoría de los actos procesales).
- 4) Actualmente se pueden identificar, por lo menos, por lo menos cuatro formas de elaborar la teoría procesal: la teoría conceptualista, la teoría sociológica y comparada, la teoría de los confines, la teoría neoconstitucional, y algunas nuevas posibilidades teóricas que derivan de los trabajos de los profesores Marcel Silva Romero (que elabora una especie de teoría histórico-crítica) y Héctor Quiroga Cubillos (que elabora una teoría sistémica, basada en la teoría de los sistemas sociales de Luhmann, del proceso y del derecho procesal).
- 5) La TGP predominante en Colombia (i) es heredera de la escuela de la jurisprudencia de conceptos, (ii) se ubica dentro de la tradición analítica de la teoría del Derecho, (iii) es una especie de teoría conceptualista del proceso, y (iv) conserva el objeto y método de estudio de la fase sistemática del Derecho procesal.
- 6) El objeto de estudio de la TGP así concebido centra su atención en la dimensión y función analítica de la teoría jurídica.
- 7) Esta forma de concebir la Teoría General del Proceso presente distintos problemas de naturaleza interna (problemas derivados de su grado de generalidad, de su ubicación entre la teoría del derecho y la dogmática jurídica, y de su determinación por la noción de

proceso judicial, lo que incluye la relación de la teoría procesal con la noción de debido proceso y con otros métodos de resolución de conflictos) y externa (espacios jurídicos y dimensiones no analíticas ni conceptuales de la teoría del derecho).

8) Los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos son un vértice entre los problemas internos y externos de la Teoría General del Proceso.

4. Desafíos contemporáneos a la Teoría General del Derecho y a la TGP

Al considerar que la TGP es una especie de la teoría del derecho, se considera que son pertinentes los desafíos que plantean tanto Boaventura De Sousa Santos como William Twining a la teoría jurídica, especialmente analítica, estos desafíos son: la posibilidad de entender desde la teoría jurídica espacialidades distintas al Estado-nación, y recuperar las distintas funciones y dimensiones de la Teoría jurídica, esto es, la dimensión tanto analítica, como la normativa y la empírica.

De acuerdo con el profesor Boaventura de Sousa Santos, la modernidad se ha centrado en concepciones temporales, basadas en nociones como el progreso; por el contrario, las concepciones posmodernas vuelven a poner en el centro de la discusión la dimensión espacial; razón por la cual, una concepción posmoderna del Derecho debe entenderlo a partir de esta dimensión²¹⁵, para lo cual, resultan especialmente útiles los instrumentos analíticos de la cartografía, como lo son la noción de escala, proyección y simbolización. Así las cosas, el Derecho desde un punto de vista posmoderno es un conjunto de representaciones sociales (leyes, normas, costumbres, instituciones jurídicas, etc.) que posee distintas escalas (escala local, nacional y mundial); distintas proyecciones (proyecciones egocéntrica y geocéntrica); y distintas simbolizaciones (estilo homérico o

²¹⁵ De Sousa Santos, Boaventura. “Una cartografía simbólica de las representaciones sociales. Prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho”. En: *Nueva Sociedad*, núm.116, noviembre-diciembre, 1991, pp. 18-38, revisado el 10 de junio de 2019. Disponible en: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Cartografia_simbolica_NuevaSociedad.PDF, p. 18.

bíblico), concepción esta que se basa en dos conceptos fundamentales: el pluralismo jurídico y la interlegalidad²¹⁶.

Por su parte, William Twining²¹⁷ considera que la globalización plantea los siguientes desafíos a la teoría jurídica tradicional: (i) Desafío a las “teorías de caja negra”, que tratan al Estado-nación, sociedades, sistemas jurídicos y ordenamientos jurídicos como si fueren unidades cerradas, impermeables, que se pueden estudiar aisladamente; (ii) desafío a la idea de que el estudio del Derecho y de la teoría jurídica se puede reducir a dos tipos de ordenamientos jurídicos (derecho estatal y derecho internacional público, entendido como el que se ocupa de las relaciones entre Estados); y (iii) el desafío a la suficiencia y validez del marco y el vocabulario conceptuales del discurso jurídico para discutir y explicar fenómenos jurídicos que atraviesan las jurisdicciones, las tradiciones y las culturas.

²¹⁶ *Ibíd.*, p. 30.

²¹⁷ Twining, William. *Derecho y globalización*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, 2003, pp. 120-121.

5. Hacia una TGP

La construcción de conocimiento y la reflexión teórica viven en medio de permanentes polaridades o tensiones, una de ellas es la tensión entre lo general (universal) y lo particular; lo abstracto y lo concreto; y lo integral y lo diferencial²¹⁸. En el marco de estas tensiones, la elaboración de una teoría debe tener en cuenta (i) un enfoque sobre la realidad, sobre el conocimiento y sobre la verdad; (ii) un enfoque metodológico-teórico; y (iii) un enfoque sobre el objeto a estudiar.

A continuación, se presentan algunos rasgos distintivos sobre estos tres enfoques.

5.1 Tensiones en la reflexión teórica

En todo ejercicio teórico y de producción de conocimiento se presentan tensiones entre lo general (universal) y lo particular, lo abstracto y lo concreto, lo integral y lo diferencial. El nihilismo de Nietzsche y la crítica a los meta-relatos de la posmodernidad²¹⁹ han puesto en signos de interrogación la posibilidad de un conocimiento universal, abstracto e integral; y han promovido un discurso en favor de lo particular, lo concreto y los diferencial (las diferencias)²²⁰.

Sin embargo, desde distintos ámbitos del conocimiento se reclama la necesidad de volver a lo universal, a lo abstracto y a lo integral. Un ejemplo interesante es la relectura metafísica

²¹⁸ Zalamea, Traba. *Filosofía sintética de las matemáticas contemporáneas*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Nacional de Colombia, 2009, pp. 63-73.

²¹⁹ Lyotard, Jean Francois. *La condición posmoderna. Informe sobre el saber*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1991.

²²⁰ Lyotard, Jean Francois. *La diferencia*. Barcelona: Gedisa, 1988.

de las matemáticas contemporáneas del profesor Fernando Zalamea Traba. De acuerdo con esta reflexión, las matemáticas contemporáneas (con la teoría de haces y categorías, entre otras) presentan posibilidades de un conocimiento que persiga lo universal (arquetipos), a partir de la abstracción, que integre las diferencias²²¹.

La reflexión sobre la posibilidad de una Teoría General del Proceso se encuentra en el marco de estas tensiones: ¿hasta dónde podemos abstraer las particularidades de cada proceso y de cada forma de administrar justicia? ¿hasta dónde se puede llegar a conclusiones teóricas generales? La denominación de la disciplina desde el inicio plantea una balanza en favor de lo general y lo abstracto (abstracción de los detalles particulares de cada proceso). Sin embargo, esto no obsta para que al reflexionar teóricamente sobre este tipo de teorías tengamos que replantearnos constantemente cómo comprender estas tensiones.

5.2 Enfoques sobre la realidad, el conocimiento y la verdad

5.2.1 La realidad

Sobre la realidad se pueden plantear dos preguntas filosóficas (metafísicas), diferentes pero relacionadas entre sí: (i) ¿la realidad existe? y (ii) ¿sobre qué realidad estamos hablando? Al lector le puede parecer un tanto extraña la primera pregunta. Básicamente, si la realidad no existe este trabajo de investigación tampoco y estas letras no serían más que una ilusión. Todos de una u otra forma tenemos conciencia sobre la existencia de la realidad²²². Sin embargo, esto no impidió que se hayan generado distintas respuestas filosóficas al interrogante. La segunda pregunta también es importante ya que determina

²²¹ Una analogía interesante de la discusión metafísica (en defensa de lo universal)-posmodernidad (en defensa de las diferencias) es la relación entre lo integral y lo diferencial en matemática (especialmente en el cálculo). El cálculo diferencial persigue analizar las diferencias y el cálculo integral persigue integrar estas diferencias en una sumatoria. El problema de la reflexión teórica, en parte, es cómo entender integralmente las diferencias.

²²² Berger, Peter L. & Luckmann, Thomas. *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu editores, 2008, pp. 34-64.

en buena medida la respuesta a la primera. No es lo mismo la realidad social, la realidad física, la realidad química, la realidad jurídica, la realidad moral, la realidad matemática, etc.

Frente al problema de la existencia de la realidad se pueden presentar tres posturas generales, por lo menos: (i) el realismo, según la cual la realidad existe y es independiente a los sujetos²²³; (ii) el antirrealismo, según el cual no existe algo así como una realidad objetiva; y (iii) el constructivismo, según el cual la realidad puede que exista, pero no es nunca independiente de los sujetos ya que solamente la podemos conocer a través de nuestros lentes conceptuales y teóricos y, en últimas, se trata de una construcción social²²⁴.

La pregunta por ¿sobre qué tipo de realidad estamos hablando? es relevante ya que determina la respuesta a la primera pregunta. La respuesta no es unívoca dependiendo de la realidad a la que nos refiramos. Por ejemplo, un iuspositivista como Kelsen, cercano a la escuela del positivismo lógico de la escuela de Viena²²⁵, se puede considerar que adscribe una postura realista sobre la realidad física²²⁶, pero es antirrealista en temas morales. No cree que exista una realidad moral objetiva o entes morales como el bien o la justicia. Por eso considera que, ante el escepticismo moral, al no existir una moral objetiva, el principio rector de la justicia debe ser la tolerancia²²⁷, ya que toda moral individual o

²²³ Susan Haack identifica dentro del realismo varias versiones posibles, por ejemplo: el realismo perceptual; el fisicalismo, dualismo, pluralismo, o monismo neutral; los realismos acerca de los universales; los realismos científicos; el realismo cumulativo; el realismo convergente; el realismo optimista; el realismo explicativo; el realismo de doble nivel; el realismo metafísico; el realismo interno; el realismo inocente, entre otras. Lo común de todas estas concepciones (y lo que las hace realistas) es afirmar que “algo -el mundo, la verdad, los universales, los números, los valores morales, etcétera, etcétera- es independiente de los seres humanos y sus creencias, conceptos, culturas, teorías o lo que sea”. Haack, Susan. “Los realismos y sus rivales: nuestra inocencia recuperada”. En: *Ciencia, Sociedad y Cultura. Ensayos escogidos*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2008, pp. 99-135.

²²⁴ Comanducci, Paolo. *Estudios sobre constitución y derechos fundamentales*. Op. Cít., pp. 15-18.

²²⁵ Schmill Ordoñez, Ulises. “Hans Kelsen. Aportaciones teóricas de la teoría pura del derecho”. En: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, ISSN: 0214-8676, 2010, pp. 17-36. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32590/1/Doxa_33_01.pdf

²²⁶ Al plantear la diferencia entre ciencias de la naturaleza, basadas en las relaciones de causalidad, y ciencias normativas, basadas en las relaciones de imputación; tácitamente Kelsen asume una postura realista de la realidad física y social. Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Bogotá D.C.: Libros Hidalgo, 2010, pp. 21-32.

²²⁷ Kelsen, Hans. *¿Qué es la justicia?* Medellín: Editorial Universidad de Antioquía, Formación ciudadana, 2014, pp. 51-52.

colectiva merece respeto. Dworkin, por ejemplo, en esta misma materia considera que no existen algo así como los “morones”, expresión que utiliza para referirse a los entes morales²²⁸, por el contrario, cree que la moralidad es una realidad independiente a la concepción de la realidad física y empírica²²⁹, de allí que sea un objetivista moral pero no un realista moral (sobre el objetivismo moral se profundizará en la sección 7.2.2 de este trabajo).

En este trabajo asumo una postura pendular entre un “realismo inocente”, noción que profundizaremos más adelante al desarrollar los presupuestos del pluralismo jurídico, y el constructivismo. Por ahora, el “realismo ingenuo” es realista debido a que asume que la realidad existe y es independiente de los sujetos y es débil debido a que reconoce un relativismo conceptual.

5.2.2 El conocimiento

Si consideramos que existe la realidad (al asumir posturas realistas o constructivistas²³⁰), el segundo problema que se plantea es ¿la podemos conocer?²³¹ Frente al interrogante sobre la posibilidad del conocimiento hay por lo menos seis posiciones filosóficas que se pueden adoptar: (i) el dogmatismo²³² o cognoscitivismo²³³; (ii) el escepticismo; (iii) el relativismo; (iv) el subjetivismo; (v) el pragmatismo; y (vi) el criticismo.

²²⁸ Dworkin, Ronald. *Justicia para erizos*. México: Fondo de Cultura Económica, 2016, p. 44.

²²⁹ *Ibidem*, p. 22-27.

²³⁰ Como indica el professor Paolo Comanducci, el constructivismo puede asumir tanto una postura realista o no. La diferencia radica en la idea de que nuestro acercamiento no se puede despojar de nuestros lentes epistemológicos. Comanducci, Paolo. *Estudios sobre constitución y derechos fundamentales*. Op. Cít., p. 15.

²³¹ Este no es el único problema en torno al conocimiento. Como bien señala José Nava Bedolla, los principales problemas filosóficos en relación con el conocimiento son: (i) el problema de la posibilidad del conocimiento; (ii) el problema del origen del conocimiento; (iii) el problema de la esencia del conocimiento; (iv) el problema de la clasificación del conocimiento; y (v) el problema de la verdad del conocimiento. Nava Bedolla, José. “La posibilidad del conocimiento; un problema filosófico sin solución definitiva”. En: *Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo*, vol. 6, núm 12, enero-junio, 2016, pp. 340-361.

²³² Expresión utilizada por José Nava Bedolla. *Ibidem*.

²³³ Expresión utilizada por la profesora Marina Gascón Abellán. Gascón Abellán, Marina. *Los hechos en el Derecho. Las bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 49.

El cognoscitismo o dogmatismo parte de considerar que el sujeto (el ser humano) puede conocer el objeto de estudio (la realidad)²³⁴. El escepticismo, por su parte, considera que no es posible que el ser humano pueda conocer el objeto de estudio (la realidad)²³⁵. El relativismo considero que se puede conocer parcialmente la realidad; sin embargo, este conocimiento cambia con el tiempo, el espacio y las circunstancias²³⁶. El subjetivismo considera que no existe un conocimiento objetivo de la realidad; sino que, por el contrario, el conocimiento siempre depende del sujeto que investiga, estudia y reflexiona²³⁷. El pragmatismo considera que, más allá de la posibilidad de un conocimiento objetivo de la realidad, el conocimiento debe guiarse a obtener conclusiones útiles para la consecución de los objetivos del ser humano, individualmente y en relación con otros seres humanos²³⁸. Y el criticismo considera que es posible conocer la realidad objetiva desde la percepción y los sentidos; sin embargo, no es posible conocer el objeto (la realidad) esencialmente, no podemos conocer la esencia de las cosas²³⁹.

5.2.3 La verdad

De una forma u otra, el conocimiento se asocia usualmente a la verdad. Por eso, adicional a las preguntas por la existencia de la realidad, de qué tipo de realidad estamos hablando y de la posibilidad de conocer esa realidad, debemos preguntarnos ¿qué entendemos por la verdad? y ¿qué criterios de verdad adoptamos? La primera pregunta remite a la definición de la verdad. La segunda pregunta, en cambio, se pregunta por cómo saber si estamos ante la presencia de algo verdadero o falso.

En cuanto a la definición de la verdad, me concentraré en la exposición de la filósofa del derecho Marina Gascón Abellán y de la epistemóloga norteamericana Susan Haack. Marina Gascón clasifica las posibles definiciones de la verdad en tres grupos: (i) las teorías

²³⁴ Nava Bedolla, José. Op. Cít.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ *Ibidem*.

semánticas de la verdad como correspondencia; (ii) las teorías sintácticas de la verdad como coherencia; y (iii) las teorías pragmatistas de la verdad. En cambio, Susan Haack clasifica cinco tipos principales de teorías sobre la definición de la verdad: (i) las teorías de la correspondencia; (ii) las teorías de la coherencia; (iii) las teorías pragmáticas; (iv) las teorías semánticas; y (v) las teorías de la redundancia.

De acuerdo con Marina Gascón Abellán, las teorías semánticas de la verdad como correspondencia consideran que “la verdad de un enunciado consiste en su adecuación a la realidad (o estado de cosas) a que se refiere, en su correspondencia con los hechos”²⁴⁰. Las teorías sintácticas de la verdad como coherencia, por su parte, consideran que “la verdad de un enunciado consiste en su pertenencia a un conjunto coherente de enunciados”²⁴¹. Y las teorías pragmatistas de la verdad consideran que “la verdad de un enunciado se concibe en términos de «aceptabilidad justificada»”²⁴². ¿Cuándo existe aceptabilidad justificada de un enunciado? Existen dos visiones: una visión instrumentalista y una visión consensualista. De acuerdo con la primera visión, la verdad de un enunciado depende de “si está justificado creer que es verdadero porque sirve a algún fin”²⁴³. De acuerdo con la segunda visión, la verdad de un enunciado depende de que este sea aceptado, de un consenso intersubjetivo sobre el enunciado²⁴⁴.

Para Susan Haack, las teorías de la verdad como correspondencia consideran que la verdad consiste en la correspondencia de una proposición con un hecho. Las teorías de la verdad como coherencia sostienen que la verdad es la coherencia de una proposición o creencia con un conjunto de creencias y de proposiciones. Las teorías pragmáticas de la verdad asumen una tesis intermedia entre las teorías de la correspondencia y de la coherencia. Para esta teoría “la verdad de una creencia se manifiesta por la supervivencia ante la prueba de la experiencia” y “su coherencia con otras creencias”²⁴⁵. Las teorías semánticas de la verdad conciben a la verdad como una relación semántica de

²⁴⁰ Gascón Abellán, Marina. Op. Cít., p. 51.

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ *Ibidem*.

²⁴⁵ Haack, Susan. *Filosofía de las lógicas*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1982, p. 107.

satisfacción, esto es, una especial relación entre oraciones abiertas y objetos no lingüísticos. En este punto se diferencian Marina Gascón y Susan Haack. La primera asimila a la teoría semántica de la verdad como una especie de las teorías de la correspondencia²⁴⁶. En cambio, Susan Haack considera que son independientes y teorías diferentes. La diferencia radica en que las teorías semánticas, especialmente la de Tarski, se basan en una relación de satisfacción entre oraciones abiertas y secuencias de objetos, no en la correspondencia entre enunciados y hechos. De allí que la teoría semántica se pueda predicar de objetos lógicos o formales (como los objetos matemáticos), y no solo de la realidad fáctica. Y las teorías de la redundancia consideran que la noción de verdad es en sí misma una redundancia, ya que decir verdadero que “p” es igual a decir simplemente que “p”.

A continuación, se presenta el mapa de autores y teorías de la verdad que diseña Susan Haack. Este mapa permite identificar las influencias directas entre autores, las afinidades teóricas entre ellos, y la evolución en el tiempo de las teorías.

Figura 5-1: Teorías de la verdad.

²⁴⁶ Esta tendencia surge con la idea de Karl Popper de que la teoría semántica de la verdad de Tarski rehabilitó la teoría de la correspondencia. Fernández Moreno, Luis. “Karl Popper y la rehabilitación de la teoría de la verdad como correspondencia”. En: *Enrahonar*, núm 25, 1996, pp. 91-106.

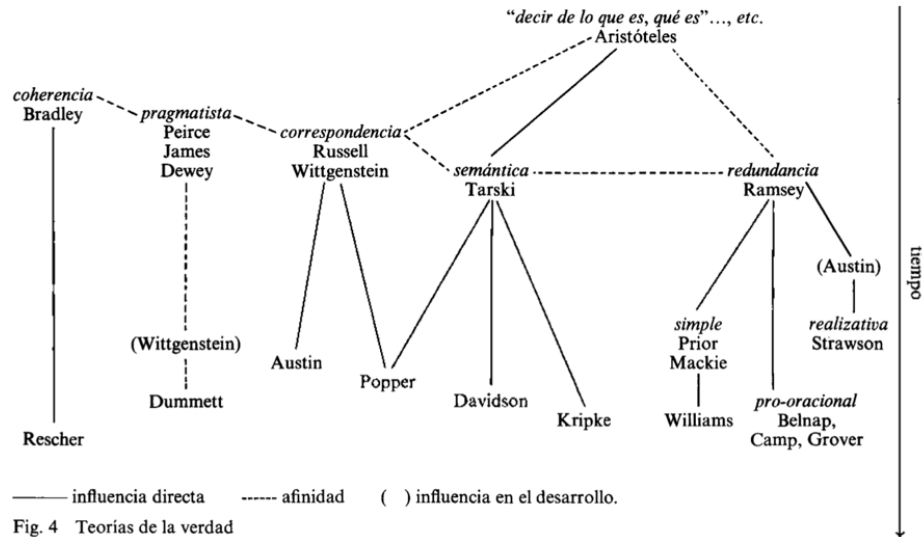


Fig. 4 Teorías de la verdad

Fuente: Haack, Susan. *Filosofía de las lógicas*. Op. Cit, p. 108.

Frente a la segunda pregunta, sobre cuáles son los criterios de verdad, lo importante es saber que se trata de un interrogante independiente a la cuestión sobre la definición de la verdad. Esto se debe a que, por ejemplo, yo puedo adscribirme a una teoría de la verdad como correspondencia (no coherentista) y, sin embargo, puedo asumir que la coherencia entre un conjunto de proposiciones o de creencias es un criterio de verdad. Un ejemplo, para que sea más claro, es el que se puede observar en materia probatoria dentro de un proceso judicial. Si varios testimonios son coherentes entre sí, puede que se considere que la coherencia es un criterio que me permita atribuirle o no un valor de verdad; sin embargo, eso no quiere decir que los testimonios sean verdaderos por ser coherentes, sino que son verdaderos en el sentido en que es probable que lo que enuncian se corresponda con la realidad fáctica (los hechos).

5.3 La TGP en el marco de las tensiones y enfoques

La TGP, como ejercicio teórico, debe partir de una determinada concepción sobre la realidad, el conocimiento y la verdad. Sin embargo, primero se debe partir de la siguiente

pregunta: ¿de qué tipo de realidad estamos hablando? Esta pregunta nos conduce a nuestro objeto de investigación ¿Cuál es el objeto de estudio de la TGP?

Precisión 1 (conceptual): de acuerdo con esta precisión, la pregunta ¿cuál es el objeto de estudio de la TGP? Se puede entender como una pregunta descriptiva o bien como una pregunta normativa. En el primer sentido, en realidad nos preguntamos ¿cuál es el objeto que de hecho suele estudiar aquello que convencionalmente se denomina TGP? Y en el segunda sentido, en realidad nos preguntamos ¿cuál debería ser el objeto de estudio de la TGP del proceso de acuerdo con una determinada finalidad dada?

La respuesta a la primera versión de la pregunta (la versión descriptiva) puede ser planteada en los siguientes términos: la TGP suele estudiar y sistematizar, de hecho, los principales principios, institucionales, categorías y conceptos procesales comunes a los distintos procesos, que suelen estar asociados al estudio de tres instituciones: la acción, la jurisdicción y el proceso (o el procedimiento). La respuesta a la segunda pregunta, en cambio, responde a finalidades teóricas y prácticas y no cuenta con una única respuesta correcta.

Ahora bien, en el marco de estas dos preguntas, cabe interrogarse, ¿la TGP de hecho se ocupa, o debería ocuparse, del proceso judicial, del derecho procesal, de la jurisdicción, o de la resolución de conflictos?

Sobre esta pregunta, a su vez, se pueden hacer dos aclaraciones adicionales. La primera es que esos diferentes objetos no son necesariamente excluyentes entre sí. Que la TGP se centre en el derecho procesal, no quiere decir que no se ocupe de los procesos judiciales o de la resolución de conflictos, entre otros. En realidad el problema es de énfasis. Y esta es la segunda aclaración, cada respuesta a la pregunta pone un énfasis en dimensiones diferentes. Si se considera que el objeto de la TGP es, o debería ser, el proceso judicial, entonces se pone el énfasis en la práctica procesal. Si se considera que el objeto de la TGP es, o debería ser, el derecho procesal, entonces se pone el énfasis en la dimensión normativa. Si se considera que el objeto de la TGP es, o debería ser, el estudio de la jurisdicción, entonces se pone el énfasis en la dimensión estatal de la administración de justicia. Si se considera que el objeto de la TGP es, o debería ser, el

estudio de los métodos de resolución de conflictos de forma integral, entonces se pone el énfasis en la dimensión social.

Precisión 2 (ontológica): la pregunta ¿cuál es el objeto de estudio de la TGP implica preguntarse por ¿qué es ese objeto?, pregunta que puede tener dos aproximaciones, tal como lo extraemos del profesor Paolo Comanducci, una versión lingüística de la pregunta, donde en realidad nos preguntamos por ¿qué significa la expresión de la que hablamos? Y otra versión ontológica, donde en realidad nos preguntamos ¿qué es esencialmente ese objeto de estudio? Ahora bien, en esta segunda versión podemos emplear lo dicho con anterioridad sobre los enfoques en relación con el problema de la realidad. En otras palabras: el objeto de estudio es algo esencialmente con independencia de las creencias y posturas del investigador o teórico (postura realista); o bien el objeto de estudio no existe y es una mera invención lingüística del investigador o teórico (postura antirrealista); o bien el objeto de estudio tiene que ver con la realidad, pero es en parte una construcción de los investigadores y teóricos (postura constructivista).

En este trabajo se sostendrá una postura constructivista sobre el objeto de estudio de la TGP, es decir, que en parte los investigadores y teóricos del derecho procesal son quienes construyen el objeto del estudio de la disciplina. A continuación se profundiza en las implicaciones de las especialidades jurídicas en la construcción del objeto de estudio de la TGP.

6. Las distintas espacialidades en el Derecho: pluralismo jurídico

Para afrontar los desafíos que plantea a la teoría jurídica las distintas escalas espaciales presentes en el marco de la globalización y del reconocimiento de la diversidad cultural, se considera que debe partirse del reconocimiento del pluralismo social. La pregunta que queda abierta es si este pluralismo social debe conducir al reconocimiento del pluralismo jurídico o normativo, esto es, de reconocer que en la sociedad circulan distintos tipos de juridicidad a distintas escalas espaciales, espacios que se intersectan e interaccionan de manera compleja entre sí²⁴⁷, de allí la importancia de la interlegalidad²⁴⁸ como expresión fenomenológica del pluralismo.

En este marco, es posible ver en la teoría jurídica una empresa encargada de cartografiar las representaciones sociales que permitan entender el pluralismo y la interlegalidad. En este marco, puede considerarse que la TGP debe cumplir una función cartográfica, es decir, debe presentar un mapa a distintas escalas de cómo se resuelven los conflictos y problemas sociales de forma heterocompositiva y como interactúan estos distintos modelos de juzgamiento entre distintas espacialidades (interlegalidad procesal).

Para abordar este tema de las espacialidades en la TGP, dividiremos esta exposición en seis partes: en primer lugar, expondré la noción de pluralismo jurídico. En segundo lugar, presentaré una breve historia de pluralismo jurídico. En tercer lugar, pondré de presentes las bases epistemológicas en torno a las cuales gira la fundamentación del pluralismo. En cuarto lugar, abordaré las relaciones que existen entre la teoría del pluralismo jurídico y el

²⁴⁷ De Sousa Santos, Boaventura. Op. Cit., p. 26, y Twining, William. Op. Cit., p. 122.

²⁴⁸ De Sousa Santos, Boaventura. Op. Cit., p. 30.

concepto de derecho. En quinto lugar, presentaremos una noción de cartografía jurídica. Y, por último, se desarrollarán los distintos niveles espaciales del pluralismo y la figura de la interlegalidad.

6.1 ¿Qué es el pluralismo jurídico?

El pluralismo jurídico se puede definir como una concepción del Derecho contraria al centralismo legal. El centralismo legal aquella postura según la cual el Derecho “es un ordenamiento jerárquico, exclusivo, sistemático y unificado de proposiciones normativas, cuya producción y administración es y debe ser una función privativa y exclusiva del Estado”²⁴⁹ (como se puede observar, este centralismo legal afirma en buena medida las tesis del positivismo jurídico teórico decimonónico). Bajo esta lógica, no puede existir un derecho no estatal. De tal suerte que el pluralismo jurídico se puede concebir como una realidad o como una teoría contraria al centralismo legal. Como realidad, el pluralismo se refiere a la “coexistencia de dos o más sistemas u ordenamientos jurídicos en una misma unidad de análisis”²⁵⁰. Como teoría, el pluralismo se refiere al “universo de elaboraciones teóricas que reconocen, admiten o defienden la plausibilidad empírica y teórica (...)”²⁵¹ de la confluencia de dos o más ordenamientos jurídicos en una misma unidad de análisis. En otras palabras, en un Estado puede haber más de un ordenamiento jurídico, y no todo el derecho es derecho estatal.

6.2 Clases de pluralismo jurídico

De acuerdo con John Griffiths, el pluralismo jurídico se puede clasificar en débil, legalista o clásico, por una parte; y pluralismo jurídico, fuerte, profundo o nuevo, por otra.²⁵²

²⁴⁹ Dávila Sáenz, Juana. *Apuntes sobre pluralismo jurídico*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho – Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (CIJUS), 2004, p. 5.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 4.

²⁵¹ *Ibidem*.

²⁵² Griffiths, Anne. “El concepto de pluralismo jurídico: debates sobre su significado y alcance”. En: Armando Guevara Gil y Aníbal Gálvez Rivas (comps.). *Pluralismo jurídico e interlegalidad: textos esenciales. Franz Von Benda-Beckmann. Keebet von Benda-Beckmann. Anne Griffiths. John Griffiths. André Hoekema*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ), Dirección Académica de Responsabilidad Social (DARS), Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, pp. 169-198, p. 170; y Dávila Sáenz, Juana. *Op. Cít.*, pp. 6-8.

6.2.1 Pluralismo jurídico débil, legalista o clásico

Esta forma de pluralismo jurídico considera que el Estado puede reconocer validez a otras formas de ordenamiento jurídico y otras organizaciones jurisdiccionales dentro del seno del Estado-nación²⁵³. Este tipo de pluralismo se originó con el reconocimiento en el derecho colonial de parte de las normas sociales de los grupos colonizados²⁵⁴. Este es el tipo de pluralismo jurídico que se presenta cuando se considera que las jurisdicciones indígenas son válidas porque así lo reconoce la Constitución Política. Por esto, algunos consideran que este no es un auténtico tipo de pluralismo jurídico ya que la multiplicidad jurisdiccional se da en el marco de un único ordenamiento jurídico: el estatal²⁵⁵. Las jurisdicciones indígenas son jurídicas porque así lo dice el derecho positivo del Estado. En consecuencia, de acuerdo con Juana Dávila se deben considerar teorías del pluralismo jurídico débil aquellas “en las que sea requisito para la existencia de un ordenamiento jurídico el reconocimiento de las autoridades estatales por medio de dispositivos integradores como la costumbre, el derecho consuetudinario o las jurisdicciones especiales”²⁵⁶.

6.2.2 Pluralismo jurídico fuerte, profundo o nuevo

Esta concepción reconoce la existencia del pluralismo jurídico (pluralidad de ordenamientos jurídicos) en todas las sociedades. Existen “múltiples formas de ordenamiento que se aplican a los miembros de una sociedad sin que dependan necesariamente del reconocimiento estatal de su autoridad”²⁵⁷. Este tipo de teorías sobre el pluralismo jurídico admiten la posibilidad de lo que Boaventura de Sousa Santos denomina la “interlegalidad”²⁵⁸, concebida como el “proceso social de interpenetración de varios espacios legales en un mismo espacio geográfico”²⁵⁹.

²⁵³ Griffiths, Anne. Op.Cít; Dávila Sáenz, Juana. Op. Cít.

²⁵⁴ Griffiths, Anne. Op. Cít.

²⁵⁵ Dávila Sáenz, Juana. Op. Cít.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 8.

²⁵⁷ Griffiths, Anne. Op. Cít., p. 181.

²⁵⁸ De Sousa Santos, Boaventura. Op. Cit., p. 30.

²⁵⁹ Hoekema, André J. “Interlegalidad y reconocimiento estatal del derecho y la justicia comunal”. En: Armando Guevara Gil y Aníbal Gálvez Rivas (comps.). *Pluralismo jurídico e interlegalidad: textos esenciales. Franz Von Benda-Beckmann. Keebet von Benda-Beckmann. Anne Griffiths. John Griffiths. André Hoekema*. Op. Cít., pp. 425-434, p. 425.

En el siguiente apartado se expondrán las principales corrientes teóricas que en la historia han asumido, de una u otra forma, el pluralismo jurídico.

6.3 Breve historia del pluralismo jurídico

En este apartado me basaré principalmente en la exposición histórica de Juana Dávila en su texto “Apuntes sobre pluralismo jurídico”²⁶⁰. La exposición de Juana complementa la periodización de Sally Engle Merry²⁶¹ y de Boaventura de Sousa Santos²⁶². Sally Merry clasifica la historia del pluralismo jurídico en dos etapas: el pluralismo jurídico clásico y el nuevo pluralismo jurídico²⁶³. A estas dos etapas Boaventura le añade una que denomina “pluralidad jurídica posmoderna”²⁶⁴. Por su parte, Juana periodiza la historia y evolución del pluralismo jurídico en cuatro etapas: la primera, el pluralismo jurídico clásico; la segunda, el nuevo pluralismo jurídico; la tercera, el pluralismo jurídico avanzado centrado en la autopoiesis y la teoría de sistemas; y la cuarta, el pluralismo jurídico posmoderno.

A continuación, se describen brevemente estos períodos y etapas de reflexión sobre el pluralismo jurídico.

6.3.1 El pluralismo jurídico clásico

El pluralismo jurídico se puede concebir de dos formas: como corriente teórica o como un estado de cosas o realidad social. Como corriente teórica, el pluralismo jurídico surge a fines del siglo XIX. Desde esa época ha sido objeto de estudio y reflexión teórica por disciplinas como la antropología jurídica, la sociología jurídica y la filosofía del derecho²⁶⁵.

²⁶⁰ Dávila Sáenz, Juana. Op. Cít.

²⁶¹ Merry, Sally Engle. “Legal Pluralism”. En: *Law & Society Review*, vol. 22, núm. 5, 1988, pp. 869-896.

²⁶² De Sousa Santos, Boaventura. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá D.C.: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos -ILSA, 2009, pp. 51-75.

²⁶³ Merry, Sally Engle. Op. Cít., pp. 872-874.

²⁶⁴ De Sousa Santos, Boaventura. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Op. Cít., p. 63.

²⁶⁵ Dávila Sáenz, Juana. Op. Cít., p. 11.

El pluralismo jurídico clásico representa el período que va desde fines del siglo XIX y hasta la década de 1970. Durante esta época, predominó el pluralismo jurídico débil. A finales de los 60, se empiezan a esbozar los caminos hacia un pluralismo jurídico fuerte.

En esta etapa revisaremos una primera aportación desde el campo antropológico y que sirvió a lo que denominó Griffiths como el pluralismo jurídico débil. Y posteriormente revisaremos la aportación de la sociología jurídica y de la teoría del derecho que abre el camino hacia el nuevo pluralismo jurídico y hacia el pluralismo jurídico fuerte.

6.3.1.1. Las aportaciones de la antropología jurídica al pluralismo jurídico clásico

Distintos autores, especialmente desde la antropología jurídica, por una parte, estudiaron las sociedades sin Estado central o sociedades no occidentales como escenarios de derecho; y, por otra parte, aportaron metodológicamente en el uso del análisis etnográfico en el estudio del derecho. Autores que representan esta corriente son: Mauss, Malinowski, Furnivall (quien, al parecer, fue el primero en introducir la expresión de pluralismo jurídico), Redfield, Llewellyn y Hoebel.

Mauss y Malinowski, por ejemplo, consideraron que dentro de una sociedad podían coexistir varios sistemas jurídicos en constante interacción. Adicionalmente, Malinowski consideró que el derecho podía definirse como el conjunto de obligaciones recíprocas que liga a los individuos y que asegura la coherencia social. En otras palabras, define el derecho desde su función de reciprocidad. Furnivall empleó la expresión pluralismo jurídico para describir la dinámica interna de sociedades que fueron objeto de la colonización europea y que son al mismo tiempo multirraciales. Redfield, por su parte, le dio a la definición de Furnivall de un componente empírico con sus etnografías sobre la interacción entre comunidades nativas y el sistema jurídico de las metrópolis. Otros ejemplos de investigaciones empíricas y de trabajos antropológicos que aportaron dentro de esta corriente fueron: los trabajos de Bolke sobre Indonesia (1953), los de Little sobre Sierra Leona (1955); los de Van Lier sobre las sociedades segmentarias de la India (1950), los de Nash sobre México y Guatemala (1958), entre otros.

Como características de estas corrientes antropológicas del pluralismo jurídico, y de acuerdo con la descripción de Juana Dávila, se tienen: (i) se reconoció un pluralismo jurídico fáctico; (ii) este reconocimiento se dio en contextos de sociedades coloniales o postcoloniales, donde la coexistencia y colisión de sistemas culturales eran innegables, y donde la dominación colonial europea era clara (por ejemplo, la coexistencia entre el derecho castellano y el derecho propio indígena en el derecho indiano de la colonización española a América); (iii) estas corrientes no generaron un desafío a la institucionalidad y academia hegemónicas, la teoría del derecho no se vio replanteada por estas aportaciones antropológicas.

6.3.1.2. El pluralismo jurídico clásico, la sociología jurídica y la filosofía del Derecho

Las aportaciones de la sociología jurídica y de la filosofía del derecho a la reflexión sobre el pluralismo jurídico, especialmente en la década de 1960, abrieron el camino hacia el nuevo pluralismo jurídico y el pluralismo jurídico fuerte. De acuerdo con la descripción de Juana Dávila, dentro de los autores principales de este período se pueden identificar a Eugen Ehrlich, Georges Gurvitch, y Santi Romano²⁶⁶.

Eugen Ehrlich, uno de los fundadores de la escuela del derecho libre, construyó una concepción sociológica del derecho en reacción a la tradición del formalismo jurídico, especialmente de la jurisprudencia de conceptos. Esta concepción sociológica del Derecho se basó en: (i) concebir al Derecho como una realidad sociológica a cuyo encuentro debía salir el jurista; (ii) una visión sociológica de las fuentes materiales del Derecho; (iii) la distinción entre el Derecho del Estado y el Derecho vivo; y (iv) considerar que el espacio sociológico en el cual surge el derecho vivo es la “asociación”. Por una parte, el derecho vivo, para Ehrlich, está compuesto por reglas de conducta. Estas reglas de conducta son consideradas hechos normativos. Esto se debe a que se reconocen a) porque son acatadas en la práctica, o b) porque, a pesar de que en alguna circunstancia específica no

²⁶⁶ En esta tendencia también se pueden ubicar a Otto Von Gierke, Maurice Hauriou, y Giorgio Del Vecchio. Wolkmer, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina*. CENEJUS, 2003, p. 5. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/otros/20111021100627/wolk.pdf>

sean obedecidas, son patrones de comportamiento reconocidos por los grupos sociales (asociaciones). Por otra parte, los individuos tienden a guiar su comportamiento según las pautas de la asociación porque estas satisfacen sus necesidades de pertenencia, protección, reconocimiento, soporte, entre otras. Al no obedecer las reglas de conducta los individuos pueden perder sus beneficios como parte de una asociación.

Georges Gurvitch, el sociólogo del derecho de origen ruso y nacionalizado francés, buscó construir una teoría empirista y anti-estadística del derecho. Gurvitch reivindicó la noción de hechos normativos para sostener la existencia empíricamente comprobada de un derecho extra-oficial, múltiple y diverso. Esta teoría empírica de Gurvitch se basó en la unidad de análisis "grupo social". La juridicidad de la vida social surge en el marco de los grupos sociales. Existe autonomía jurídica y colaboración (interdelimitación) entre cada grupo social. Los distintos grupos sociales son iguales entre sí. Ningún grupo social posee un poder de delimitación más potente que los demás. Y el Estado es solo uno, entre varios, de los grupos sociales que componen la sociedad. Lo que diferencia al Estado es que este, a diferencia de los demás grupos sociales, pretende el monopolio de la producción jurídica.

Santi Romano, el teórico del derecho italiano reconocido por sus contribuciones a la noción de ordenamiento jurídico, defendió moderadamente el pluralismo jurídico. Esta defensa se fundó en su teoría institucionalista del derecho. Bajo esta teoría, Santi Romano consideró que la esfera de producción del derecho son las instituciones. Existe una mutua determinación entre las instituciones y los ordenamientos jurídicos. Solo son derecho los ordenamientos jurídicos. Y solo son fuentes del derecho las instituciones. No cualquier grupo social ni cualquier sistema de normas produce y se identifica con el Derecho. Santi Romano concibe a las instituciones como un cuerpo social bien estructurado que se basa en relaciones estables y permanentes, y que tiene la capacidad de identificar la normatividad que se encuentra implícita en su estructura. Esta normatividad implícita en la estructura de la institución, que permite la estabilidad y permanencia del cuerpo social, se constituye en un ordenamiento jurídico. Si bien Santi Romano concibe que distintos cuerpos sociales pueden ser productores de Derecho, le otorga al Estado un poder institucional que no tienen otros cuerpos sociales.

6.3.2 El nuevo pluralismo jurídico

El nuevo pluralismo jurídico constituye una segunda etapa donde se consolida el pluralismo jurídico fuerte. Esta etapa tuvo lugar entre la década de los 70 y de los 80. De acuerdo con la descripción de Juana Dávila, dentro de las principales características de esta segunda etapa se pueden encontrar: (i) la tendencia hacia un pluralismo jurídico fuerte; (ii) se consolidó la dicotomía entre centralismo legal y pluralismo jurídico; (iii) se buscó romper con la ideología del centralismo legal; (iv) el estudio empírico del pluralismo jurídico se centró en sociedades sin pasados coloniales y altamente industrializadas; (v) se intentó presentar un concepto de derecho altamente inclusivo; (vi) prevaleció una visión horizontal de la sociedad (ausencia de una visión jerárquica de la sociedad); (vii) se consideró que los distintos grupos sociales en la producción y administración de su derecho autónomo eran semi-autónomos; y (viii) se partió de una mutua determinación entre lo social y lo jurídico, lo que Juana Dávila denomina como “circularidad o tautología descriptiva”. De acuerdo con esta última característica, la existencia de un grupo social depende de su capacidad de producir derecho y, al mismo tiempo, el derecho existe en la medida en que exista un grupo social.

De acuerdo con la descripción de Juana Dávila, dentro de los principales autores de esta etapa se encuentran: John Gilissen, Leopold Pospisil, Boaventura de Sousa Santos (en su primera etapa), Sally Falk Moore, y John Griffiths, entre otros.

Con respecto a John Gilissen, Juana Dávila menciona tres errores dentro de su construcción teórica. Primer error: confundir la diversidad jurídica con pluralismo jurídico. Segundo error: considerar al pluralismo jurídico como un atributo de las áreas geográficas que se encuentran institucionalmente subdivididas en múltiples jurisdicciones. Por esta vía, Gilissen equipara el pluralismo jurídico con el federalismo y otras formas de organización desconcentrada del Estado. Tercer error: considerar que el reconocimiento o incorporación por parte del Estado es un requisito para la existencia empírica de un ordenamiento jurídico.

Leopold Pospisil, antropólogo y jurista de origen Checo, defendió el pluralismo jurídico a partir de su teoría de los niveles legales. De acuerdo con esta teoría, basada en el pluralismo social y jurídico, la sociedad está dividida en distintos niveles legales. Estos

niveles legales se encuentran compuestos por subgrupos sociales que deben, en parte, su existencia a un sistema legal interno. Estos subgrupos sociales están reunidos en un determinado nivel dependiendo su grado de inclusión social. Así, los subgrupos sociales de mayor inclusión recubrirán a los demás subgrupos y encabezarán la jerarquía jurídica.

Para Juana Dávila, las principales premisas que permiten describir la teoría de Pospisil son las siguientes: (i) toda sociedad es socialmente plural (pluralismo social), es decir, se compone por innumerables grupos, subgrupos y subsubgrupos sociales; (ii) el Derecho es un atributo de los subgrupos sociales y no de la sociedad en su conjunto; (iii) la estructura social, esto es, el conjunto de subgrupos sociales, cuenta con una distribución estratificada, no horizontal (los distintos subgrupos sociales deben concebirse como organizados por niveles de acuerdo con su grado de inclusión social, no por su grado de dominación); (iv) la sociedad es jurídicamente plural debido a que las sociedades tienen tantos sistemas jurídicos como subgrupos sociales contienen; (v) existe un isomorfismo entre la estructura social y jurídica. En contra de estas tesis y premisas de la teoría de Pospisil, Griffiths plantea dos críticas. Por una parte, considera que dentro de esta teoría no es claro cómo ubicar dentro de la estructura social los subgrupos sociales que no pertenecen a ningún tipo de sistema escalonando, como las iglesias, las empresas o las pandillas. Y, por otra parte, la teoría de Pospisil no presenta criterios para identificar en la práctica los distintos subgrupos sociales.

Boaventura de Sousa Santos, el sociólogo y jurista portugués, durante su primera etapa de reflexión teórica y de investigación empírica construyó una teoría del pluralismo jurídico desde una lectura cercana al marxismo y al estudio de las clases sociales. Esta primera postura se ve reflejada en su publicación “El derecho de los oprimidos: la construcción y la reproducción de la legalidad en Pasagarda”²⁶⁷, producto de su trabajo de campo en 1970 en las favelas de Río de Janeiro²⁶⁸. Producto de la investigación de campo en la favela de

²⁶⁷ De Sousa Santos, Boaventura. “El Derecho de los oprimidos: la construcción y la reproducción de la legalidad en Pasagarda”. En: *Boaventura De Sousa Santos. Construyendo las epistemologías del sur. Antología esencial. Volúmen II*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales -CLACSO, y Fundación Rosa Luxemburgo, pp. 33-58. Disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20181203040448/Antologia_Boaventura_Vol2.pdf

²⁶⁸ De Sousa Santos, Boaventura. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Op. Cít., p. 117.

Pasagarda, Boaventura le concedió a la normatividad interna de la comunidad de Pasagarda un estatus jurídico, y desde allí construyó su teoría del pluralismo jurídico inter clases. Boaventura buscaba documentar la relación de las clases oprimidas frente al Derecho. En esta documentación, Boaventura identificó que la comunidad de Pasagarda había desarrollado unos mecanismos propios para prevenir y resolver sus conflictos legales y que, en general, esos mecanismos eran diferentes a los mecanismos del derecho oficial. Este Derecho de Pasagarda se caracterizaba porque: (i) los mecanismos se encaminaban a proteger la posesión de la tierra de los habitantes de Pasagarda; (ii) estos mecanismos no eran profesionalizados, eran altamente accesibles en términos de costos y de tiempo, y eran fundamentalmente participativos y consensuales.

Para abordar este nuevo derecho que Boaventura encontró en Pasagarda, elaboró un concepto de Derecho amplio donde se incluyeran este tipo de sistemas jurídicos. Boaventura formuló la siguiente definición de Derecho: el Derecho es “todo cuerpo de procedimientos regularizados y estándares normativos, considerado justiciable por un grupo dado, y que contribuye a la creación y prevención de disputas, así como a su solución, a través de un discurso argumentativo y del uso o no de la fuerza coercitiva”. En esta definición la justiciabilidad es el factor determinante de la juridicidad. La noción de pluralismo jurídico inter clases considera, no solo que existen distintos sistemas jurídicos en un mismo territorio, sino que este pluralismo se da en el marco de una sociedad de clases. Este pluralismo jurídico describe las relaciones existentes entre el sistema jurídico impuesto y controlado por las clases dominantes y representado en el Estado y los sistemas jurídicos paralelos forjados por las clases dominadas. Estas legalidades no oficiales de los oprimidos surgen en reacción a la dominación que se ejerce a través del derecho estatal. Esta reacción puede ser adaptativa (como en el caso de Pasagarda) o revolucionaria.

De acuerdo con la descripción de Juana Dávila, la postura de esta primer etapa de reflexión teórica de Boaventura de Sousa Santos se caracteriza por considerar que: (i) el pluralismo jurídico surge del pluralismo social; sin embargo, este pluralismo jurídico parte de considerar que las divisiones sociales relevantes son las fronteras socio-económicas entre clases sociales. Por eso el foco y eje de la juridicidad son los intereses de clase, no son los subgrupos sociales, los campos sociales semi-autónomos o las asociaciones, entre

otras. (ii) Este pluralismo jurídico no se basa en sistemas jurídicos autorreferenciales y cerrados; por el contrario, existe una relación directa o indirecta entre los distintos sistemas. Los sistemas jurídicos subordinados se construyen en relación con los sistemas jurídicos dominantes. Se trata de sistemas que representan una reacción adaptativa o revolucionaria al sistema jurídico dominante. (iii) El pluralismo jurídico no se basa en una visión horizontal de la sociedad. Se basa en un pluralismo jurídico vertical. Verticalidad que surge de la división de las clases sociales. (iv) Y que el criterio para identificar el Derecho es la justiciabilidad.

Sally Falk Moore, la antropóloga jurídica, fundamenta su concepción del pluralismo jurídico en la noción de los campos sociales semi-autónomos. Los campos sociales semi-autónomos son las unidades básicas para el análisis de la dinámica jurídica. Estos campos sociales se caracterizan, por una parte, por su capacidad reguladora, y, por otra parte, por su autonomía parcial (semiautonomía). En cuanto a su capacidad reguladora, los campos sociales semi-autónomos son espacios o esferas sociales donde se configuran normas de conducta y los mecanismos necesarios para inducir o forzar su aplicación. Para que exista un campo social semi-autónomo no basta con que existan normas sociales, sino que se requieren mecanismos de cumplimiento. Y, en cuanto a la autonomía parcial de los campos sociales, esta radica en la capacidad de resistencia selectiva del campo social a las normas de otros campos sociales, incluyendo al Estado. Los distintos campos sociales se pueden superponer entre sí y generar una red o urdimbre de campos y sistemas jurídicos. La visión de Moore se basa en una visión horizontal y pluralista de la sociedad. Aquí también existe una mutua referencia entre derecho y sociedad.

John Griffiths es uno de los autores que más contribuyó a sistematizar el pensamiento teórico del pluralismo jurídico. Fue quien clasificó el pluralismo jurídico en fuerte y débil y quien consideró que el pluralismo jurídico debía entenderse en relación con el centralismo legal. Para Griffiths, el pluralismo jurídico es un estado de cosas, una realidad social, no simplemente un marco teórico. Este autor considera que es una entidad o actividad social cuya existencia no depende del reconocimiento estatal. Este Derecho no conforma, ni tiene por qué hacerlo, un sistema jurídico completo, omnicomprensivo, congruente y único, como lo ha pretendido la teoría del centralismo legal. Algunas características de esta concepción teórica son: (i) el pluralismo jurídico es concomitante al pluralismo social; (ii) el pluralismo jurídico es un estado de cosas; mientras que, el centralismo legal es una ideología; (iii) el

Derecho se concibe como la autorregulación de un campo social semi-autónomo; (iv) el campo social semi-autónomo se concibe como la unidad fundamental del control social, como un grupo con un orden normativo interno que regula las relaciones de sus miembros. Para Juana Dávila, uno de los problemas centrales de los planteamientos de Griffiths es que no establece una línea divisoria clara entre derecho y control social.

Como conclusión del nuevo pluralismo jurídico, y con base en lo señalado por Juana Dávila, estas posturas que tienden al pluralismo jurídico fuerte cuentan con dos características comunes: (i) estas teorías del pluralismo jurídico parten de una relación circular entre el derecho y su nicho sociológico. No importa la denominación del nicho sociológico, sea la asociación (Eugen Ehrlich), la institución (Santi Romano), el campo social semi-autónomo (Sally Moore y John Griffiths), o subgrupo social (Pospisil). Y (ii) estas teorías del pluralismo jurídico no tienen en cuenta las relaciones de dominación. La mayoría de autores parte una concepción horizontal de la sociedad. La excepción a estas dos características es el pluralismo jurídico inter clases de Boaventura de Sousa Santos. De acuerdo con esta postura no cualquier nicho sociológico es productor de derecho. Solo los nichos que se identifican con clases sociales son focos de juridicidad. Y, de acuerdo con esta postura, el pluralismo jurídico parte de las relaciones de dominación presentes en las sociedades capitalistas. El derecho de los oprimidos es producto de una reacción adaptativa o revolucionaria de los oprimidos en relación con el derecho de los dominadores (el derecho estatal).

6.3.3 El pluralismo jurídico avanzado centrado en la autopoiesis y la teoría de sistemas

Durante la década de los 80, con posterioridad al auge del nuevo pluralismo jurídico y del pluralismo jurídico fuerte, el jurista y sociólogo alemán Gunther Teubner buscó articular la teoría sociológica de los sistemas sociales autopoieticos y la teoría del pluralismo jurídico.

Este intento de articular la teoría del pluralismo jurídico con la teorías de sistemas sociales autopoieticos, parte de las críticas de Teubner al nuevo pluralismo jurídico. Estas críticas son principalmente dos. Primero, las teorías del nuevo pluralismo jurídico carecen de un criterio adecuado de juridicidad. Esto se debe a que este tipo de pluralismo jurídico ha asociado el derecho con el control social o con la sociedad en general; sin embargo, estas

facetas de lo jurídico no agotan la experiencia jurídica. Segundo, en estas teorías no existe un concepto definido sobre las relaciones entre lo social y lo legal. Los términos usados por estas teorías, como integración, superposición, entrecruzamiento, y dialéctica, no sirven para estudiar en detalle la interdiscursividad.

Para dar cuenta de estas críticas y construir su teoría del pluralismo jurídico desde la teoría de los sistemas sociales, hay que tener en cuenta la teoría de los sistemas sociales autopoieticos en general; la concepción que del pluralismo jurídico tiene esta teoría; las principales categorías de este tipo de teoría; las nuevas categorías que emplea Teubner para armonizar la teoría de los sistemas autopoieticos y la teoría del pluralismo jurídico; y, finalmente, la visión global del pluralismo jurídico que plantea Teubner en respuesta a sus críticas iniciales.

Respecto a lo primero, la teoría de los sistemas sociales autopoieticos parte de considerar que, por una parte, todo sistema produce y reproduce sus propios elementos a partir de la interacción entre unos y otros. Y, por otra parte, el sistema autopoietico (autorreferencial) está equipado de mecanismos de acoplamiento a su entorno.

Respecto a lo segundo, la teoría de los sistemas sociales autopoieticos consciente la existencia del pluralismo jurídico. Sin embargo, lo que escapa a este tipo de teoría es un modelo que explique la interdiscursividad o interacción de los distintos ordenamientos jurídicos.

En cuanto a lo tercero, de las categorías de la teoría de sistemas sociales autopoieticos hay que tener en cuenta las nociones de perturbación y de acoplamiento estructural. La perturbación se concibe como un estímulo externo al sistema cuyas condiciones de posibilidad no se encuentran externamente determinadas por la realidad espacio-temporal, sino que han sido previamente definidas por el sistema mismo. El sistema le asigna a cada perturbación unos efectos dentro de su propia estructura. Por su parte, el acoplamiento estructural se refiere a la colaboración, sincronía y engranaje entre el entorno y el sistema. El evento del entorno satisface las expectativas del sistema y se encuadra en algún tipo previsto de perturbación y, posteriormente, se realizan los reajustes correspondientes al interior del sistema. En los sistemas cerrados, a diferencia de los sistemas abiertos, la

perturbación es un elemento que no es ajeno al sistema; por el contrario, es un elemento que pertenece al subsistema de expectativas del sistema general.

Teubner considera que los conceptos de perturbación y acoplamiento estructural no permiten captar adecuadamente la relación entre Derecho y sociedad, y, por tanto, no permiten comprender adecuadamente el pluralismo jurídico. Para superar este impase, Teubner formula tres nuevos conceptos: las equivocaciones productivas, las instituciones de enlace, y la receptividad. Mediante las equivocaciones productivas el Derecho malinterpreta productivamente otros discursos sociales como fuentes o focos de producción normativa. En consecuencia, el discurso legal no solo es perturbado por procesos sociales de auto producción. Las instituciones de enlace son los engranajes entre el sistema y su hábitat. Son los elementos mediante los cuales se produce el acoplamiento estructural y mediante los cuales los elementos externos son integrados al sistema. Y la receptividad se refiere al resultado de las instituciones de enlace y a las equivocaciones productivas; es decir, se trata de un procedimiento mediante el cual el Derecho introduce dentro de sus presupuestos internos la sincronía entre las operaciones legales y sociales. En esta lógica, ya no se trata de perturbaciones aisladas, sino de un engranaje fluido y estable entre sistemas.

¿Cómo resuelve Teubner las dos críticas que le formula al nuevo pluralismo jurídico? Frente a la primera crítica, esto es, la crítica según la cual el pluralismo jurídico no cuenta con un criterio adecuado de juridicidad, Teubner propone hechar mano del giro lingüístico. Los sistemas se conciben como sistemas de comunicación; generalmente binarios. El Derecho en este sentido se identifica por el código binario legal/ilegal. En este sentido, el pluralismo jurídico se concibe como una multiplicidad de diversos procesos comunicativos que observan la acción bajo el código binario legal/ilegal. En consecuencia, el pluralismo jurídico ya no es definido como un conjunto de normas sociales en conflicto en un campo social dado. El código binario legal/ilegal es aplicable a todo ordenamiento normativo, no solo al derecho del Estado. Además, este código implica una relación heterárquica entre los distintos discursos legales, sin importar su origen oficial o no oficial. Frente a la segunda crítica, esto es, la crítica según la cual en el nuevo pluralismo jurídico no existe un concepto definido sobre la relación entre lo social y lo legal, Teubner considera que el concepto de acoplamiento estructural se puede aplicar a la interdiscursividad entre los distintos

ordenamientos jurídicos. La interdiscursividad es representada como una convergencia entre distintos discursos basados en distintos códigos binarios que conservan su autonomía y su cerramiento estructural, a pesar de su continua relación con otros. En esta interdiscursividad se garantiza la distinción entre un discurso y otro. Y, por último, con el paso del tiempo la interdiscursividad se convierte en una situación de acoplamiento estructural entre los distintos sistemas. Los sistemas se utilizan recíprocamente como perturbaciones, choques exógenos que permiten construir sus propias estructuras internas.

6.3.3.1. El pluralismo jurídico posmoderno

Dentro de esta corriente del pensamiento socio-jurídico se encuentra Boaventura de Sousa Santos en su segunda etapa de reflexión sobre el pluralismo jurídico. Dentro de las publicaciones en que se encuentra presente esta nueva postura, y publicadas en castellano, se encuentran: el libro “Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho”²⁶⁹ publicado por el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos -ILSA; y la investigación, de la cual fue coordinador Boaventura junto con el profesor Mauricio García Villegas, titulada “El caleidoscopio de las justicias en Colombia”²⁷⁰.

En esta etapa, Boaventura de Sousa Santos realizó un giro en su pensamiento del marxismo a una concepción teórica posmoderna que él denomina “posmodernismo de oposición”. Boaventura en esta fase critica a la modernidad y al posmodernismo hegemónico que él denomina “posmodernismo celebratorio”. Esto se debe a que Boaventura considera que existe la necesidad de generar una transición paradigmática entre el paradigma de la modernidad y otro paradigma emergente²⁷¹. En la sociedad existe una relación social entre expectativas y experiencias, y la modernidad aborda esta relación a partir de dos pilares: la regulación y la emancipación. La regulación en la modernidad es

²⁶⁹ De Sousa Santos, Boaventura. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Op. Cít.

²⁷⁰ De Sousa Santos, Boaventura & García Villegas, Mauricio (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: ICANH, Ediciones Uniandes, Universidad Nacional de Colombia, Universidad de Coimbra, Siglo del Hombre Editores, 2001.

²⁷¹ De Sousa Santos, Boaventura. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Op. Cít., p. 17.

un conjunto de normas, instituciones y prácticas que garantizan la estabilidad de las expectativas; mientras que, la emancipación se concibe como un conjunto de aspiraciones y prácticas oposicionales que se dirigen a aumentar la discrepancia entre expectativas y experiencias, poniendo en duda el status quo. Estas relaciones implican una tensión entre el orden (la regulación) y el buen orden (la emancipación). El agotamiento del paradigma de la modernidad se debe en parte a la incapacidad de este paradigma de pensar coherentemente la emancipación²⁷². En los siglos XVI y XVII la modernidad surgió como un paradigma sociocultural ambicioso y revolucionario, que se basaba en la tensión entre regulación y emancipación social. A mediados del siglo XIX la tensión cedió gradualmente en favor de la regulación y en detrimento de la emancipación. Y en el siglo XXI, la emancipación social ha sido totalmente absorbida por la regulación.

La transición paradigmática que plantea Boaventura consta de dos dimensiones: una dimensión epistemológica y una dimensión sociopolítica. La dimensión epistemológica implica la transición de un paradigma dominante de la ciencia moderna y un paradigma emergente de un “conocimiento prudente para una vida decente”²⁷³. Y la dimensión sociopolítica implica una transición del paradigma del capitalismo global a otro paradigma social alternativo²⁷⁴.

Adicionalmente, la nueva concepción del Derecho de Boaventura se basa en una cuestión teórico-política y una cuestión teórico-metodológica. La cuestión teórico-política tiene que ver con la justificación de su concepto de posmodernismo de oposición. La cuestión teórico-metodológica parte de la tensión entre teoricismo y empirismo. Frente a este último punto, Boaventura considera que su postura mezcla ambos aspectos: es, por un lado, una teoría con base en la realidad social, y, por otro, es una realidad leída desde la teoría. Por otra parte, la justificación del concepto de posmodernismo de oposición se basa en las contradicciones internas de las lógicas y principios de la modernidad; en los excesos e insuficiencias de la modernidad para alcanzar sus promesas; y en los problemas de la posmodernidad hegemónica (el posmodernismo celebratorio). En cuanto a lo primero, la

²⁷² *Ibidem*, p. 17.

²⁷³ *Ibidem*, p. 18.

²⁷⁴ *Ibidem*.

modernidad occidental se basa en dos pilares: la regulación y la emancipación; y estos pilares se constituyen por distintas lógicas o principios. Los principios y lógicas que guían el pilar de la regulación son: el principio del Estado, el principio del mercado y el principio de la comunidad. Y los principios y lógicas que guían el pilar de la emancipación son: la racionalidad estético-expresiva de las artes y la literatura, la racionalidad cognitivo-instrumental de la ciencia y la tecnología, y la racionalidad moral-práctica del imperio de la ética y el imperio de la ley. Las contradicciones internas de la modernidad, de los principios que guían sus pilares, se pueden observar en lo siguiente: primero, en cuanto a los principios de la regulación, vivimos la primacía del principio del mercado sobre los principios del Estado y de la comunidad²⁷⁵. Segundo, en cuanto a la racionalidad de la emancipación se presenta una colonización gradual de las diferentes racionalidades por la racionalidad cognitivo-instrumental de la ciencia²⁷⁶. Y tercero, el pilar de la emancipación ha sido absorbido por el pilar de la regulación.

En cuanto a lo segundo, la modernidad occidental se basó en las siguientes promesas: la promesa de la igualdad, la promesa de la libertad, la promesa de la paz perpetua, y la promesa del dominio de la naturaleza y de su uso para el beneficio de la humanidad. Estas promesas, sin embargo, no se han materializado en la realidad. Actualmente vivimos en sociedades muy inequitativas y desiguales; donde se violan constantemente los derechos y libertades básicas; con presencia permanente de distintos órdenes de la violencia y de conflictos armados; y con graves crisis ambientales y de cambio climático. En consecuencia, las promesas de la modernidad no se han cumplido.

En cuanto a lo tercero, el posmodernismo hegemónico o celebratorio parte de considerar que los problemas modernos son tan ilusorios como sus promesas²⁷⁷. Por eso, lo que se debe hacer es celebrar nuestro tiempo, el tiempo que nos toca vivir²⁷⁸, pero no plantear nuevas posibilidades. En este contexto, frente a los problemas de la modernidad, derivados de sus contradicciones internas y del incumplimiento de sus promesas, surgen tres posibles respuestas. La primera posibilidad es considerar que la solución a los problemas

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 39.

²⁷⁶ *Ibidem*.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 19.

²⁷⁸ *Ibidem*.

de la modernidad se debe buscar en el seno mismo de la modernidad; es decir, respuestas modernas a problemas modernos. La segunda posibilidad es considerar que los problemas de la modernidad no tienen solución, que son problemas y promesas ilusorios (posmodernismo celebratorio). Y la tercera posibilidad es considerar que a los problemas de la modernidad se les debe buscar solución dentro de un paradigma emergente que no sea moderna (transición paradigmática), esto es lo que Boaventura denomina el posmodernismo de oposición. En este contexto es importante resaltar que Boaventura considera que no se deben abandonar las promesas de la modernidad, se debe buscar es soluciones posmodernas a problemas modernos.

¿Cómo se enmarca la concepción del Derecho de Boaventura y el pluralismo jurídico en este marco de análisis? Sobre este punto, Boaventura critica lo que considera los tres pilares del Derecho moderno. Primer pilar, el Derecho como monopolio del Estado y construcción científica. En este pilar se pueden ver reflejadas la primacía de la racionalidad cognitivo-instrumental y la primacía del principio del mercado. Segundo pilar, la despolitización del Derecho a través de la distinción entre Estado y sociedad civil. Y tercer pilar, el Derecho como principio o instrumento universal de la transformación social políticamente legitimada²⁷⁹. Frente a estos pilares, Boaventura construye una concepción del Derecho alternativa, una concepción posmodernista de oposición, ni moderna ni celebratoria. Frente al primer pilar, Boaventura propone como alternativa una concepción fuerte del pluralismo jurídico y una concepción retórica del Derecho²⁸⁰. Frente al segundo pilar, Boaventura propone abandonar la distinción entre el Estado y la sociedad civil como fundamento de la despolitización del Derecho, sustituyendo esta distinción por una comprensión del Derecho en el marco de un conjunto de espacios-tiempos estructurales: el espacio doméstico, el espacio de la producción, el espacio del mercado, el espacio de la comunidad, el espacio de la ciudadanía, y el espacio mundial²⁸¹. Todo esto con el propósito de repolitizar el Derecho para devolverle su dimensión emancipatoria²⁸². Y frente al tercer pilar, Boaventura propone la repolitización del Derecho como condición para que

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 46.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 47.

²⁸¹ *Ibidem*.

²⁸² *Ibidem*.

la tensión entre regulación y emancipación se reconsidere por fuera de los límites de la modernidad. Estos límites implicaron reducir la legitimidad a la legalidad, y de esta forma la emancipación fue absorbida por la regulación²⁸³. En este contexto se debe separar la noción de legitimidad de la de legalidad. Adicionalmente, se considera que el Derecho puede ser emancipatorio si cumple determinadas condiciones. Condiciones que no se deducen de postulados generales de la modernidad, sino que, por el contrario, surgen de la práctica de los grupos y clases socialmente oprimidos. Prácticas de lucha contra la opresión, la exclusión, la discriminación y la destrucción del medio ambiente. A este conjunto de prácticas, Boaventura las denomina como “cosmopolitismo subalterno”²⁸⁴: movilización de diversas escalas de legalidad (locales, nacionales y globales), y construcción de alianzas translocales y transnacionales.²⁸⁵

De esta forma, el pluralismo jurídico se constituye en un elemento central de una concepción del Derecho posmoderna de oposición. Esta concepción va en contravía de los pilares fundamentales del Derecho moderno, como se enunció anteriormente. Para comprender esta nueva perspectiva de Boaventura se deben tener en cuenta: los elementos estructurales del Derecho, el concepto de pluralidad jurídica, las escalas y espacios-tiempos del Derecho, y la definición de Derecho. Primero, Boaventura en esta nueva etapa considera que el Derecho cuenta con tres elementos estructurales: la retórica, la burocracia y la violencia²⁸⁶. La retórica considera es un tipo de conocimiento, una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones “basada en la persuasión o la convicción mediante la movilización del potencial argumentativo de secuencias y artefactos verbales y no verbales que han sido aceptados”²⁸⁷. La burocracia, considera Boaventura, es “una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisión basada en imposiciones autoritarias a través de la movilización del potencial demostrativo de los procedimientos regularizados y los estándares normativos”²⁸⁸. Y la violencia se trata de “una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones basada en la amenaza

²⁸³ *Ibidem*, p. 49.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 50.

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 55.

²⁸⁷ *Ibidem*.

²⁸⁸ *Ibidem*.

de la fuerza física²⁸⁹. La retórica está presente en prácticas jurídicas como el acuerdo amistoso, el litigio, la conciliación, la mediación, la justicia en equidad, etc.; la burocracia es el componente determinante del derecho estatal y se refleja en la adjudicación de los Tribunales; y la violencia es usada por actores gubernamentales (como la Policía) y por actores no gubernamentales (como las mafias)²⁹⁰. Con base en esto, Boaventura considera que los campos jurídicos representan distintas articulaciones entre estos elementos estructurales. El derecho estatal puede implicar distintas articulaciones entre estos elementos porque al ser un campo complejo se constituye de distintos subcampos²⁹¹. Adicionalmente, Boaventura considera que las articulaciones entre los tres elementos estructurales del Derecho se pueden clasificar en tres: la covariación, la combinación geopolítica y la interpenetración estructural. La covariación se refiere a la correlación cuantitativa entre los elementos estructurales de distintos campos jurídicos. La combinación geopolítica se refiere a una “articulación centrada en la distribución interna de la retórica, la burocracia y la violencia de un determinado campo jurídico”²⁹². Y la interpenetración estructural se refiere a la presencia y reproducción de un determinado elemento estructural dominante dentro de un elemento dominado²⁹³.

Segundo, Boaventura plantea en esta etapa que es mejor la categoría de pluralidad jurídica que de pluralismo jurídico. Esto se debió a que el pluralismo jurídico se había romantizado, ocultando la preeminencia empírica del Estado en la experiencia jurídica y viendo en el pluralismo jurídico un elemento progresista y emancipatorio. El concepto de pluralidad jurídica busca, por una parte, conservar dentro de cierta neutralidad valorativa y política el análisis de las situaciones de pluralismo jurídico como estado de cosas. No hay nada intrínsecamente progresista en el pluralismo. También puede haber campos jurídicos como el de la justicia paramilitar en Colombia, donde reina la arbitrariedad y la opresión²⁹⁴.

²⁸⁹ *Ibidem*.

²⁹⁰ *Ibidem*.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 56.

²⁹² *Ibidem*, p. 57.

²⁹³ *Ibidem*.

²⁹⁴ Por esto Boaventura propone que “En las situaciones en las que el derecho estatal se puede considerar más democrático que el derecho no estatal, el concepto de pluralidad jurídica tiene importancia en dos sentidos: 1) relativizar el contenido democrático del derecho estatal dentro de una configuración jurídica más amplia; 2) fortalecer la lucha contra las arbitrariedades existentes en los órdenes jurídicos no-estatales con base en el orden jurídico estatal”. *Ibidem*, p. 70.

Recordar que para Boaventura el Derecho puede ser, no necesariamente es, emancipatorio. Esto solo ocurre si cumplen determinadas condiciones que surgen de la práctica de los grupos y clases socialmente oprimidos. Por otra parte, el concepto de pluralidad jurídica busca evitar la minimización del rol del Estado en la realidad jurídica. Para Boaventura, el sistema inter-estatal y el Estado son centrales en su teoría, en todo caso, se trata de las formas políticas centrales del sistema capitalista mundial.

Tercero, Boaventura plantea que este enfoque del pluralismo jurídico, o de pluralidad jurídica, debe basarse en el estudio del Derecho a distintas Escalas y distintos espacios-tiempo. Para Boaventura, el Derecho se puede entender como un mapa, a partir de una cartografía simbólica de las representaciones sociales. Para esto, el Derecho se puede entender a partir de los elementos de cualquier mapa: la escala, la proyección y la simbolización. Bajo este análisis, Boaventura considera que existen tres escalas en el Derecho: lo local, lo nacional, y lo global. Además, para Boaventura el Derecho opera en distintos espacios-tiempos: en el espacio-tiempo doméstico, en el espacio-tiempo de la producción, en el espacio-tiempo de la comunidad, en el espacio-tiempo del mercado, en el espacio-tiempo de la ciudadanía, y en el espacio-tiempo mundial²⁹⁵. Ahora bien, la pluralidad jurídica no es solamente multiplicidad y coexistencia de campos jurídicos, también es intersección, hibridación e intercambio. Esta contraparte “fenomenológica de la pluralidad jurídica” es lo que Boaventura denomina como interlegalidad: la existencia de diferentes espacios jurídicos superpuestos, interpenetrados y mezclados. En este contexto, lo local puede globalizarse, lo nacional reducirse a lo local, o lo global determinar el destino de lo nacional.

Y cuarto, frente a la definición del Derecho, Boaventura mantiene en buena medida su definición del Derecho de Pasagarda:

“Concibo el Derecho como un cuerpo de procedimientos regularizados y estándares normativos que se considera[n] exigible[s] -es decir, susceptible[s] de ser impuesto[s] por una autoridad judicial- en un grupo determinado y que

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 60.

contribuye a la creación, prevención y resolución de disputas a través de discursos argumentativos unidos a la amenaza de la fuerza²⁹⁶

En esta definición se articulan los tres elementos estructurales del Derecho: la retórica, la burocracia, y la violencia. Además, se mantiene la justiciabilidad como criterio de juridicidad. En este contexto, la pluralidad jurídica se puede concebir como la “coexistencia y superposición de una constelación de sistemas de justiciabilidad estructurados en torno a un uso y una interacción específica entre la retórica, la burocracia y la violencia y cuyo alcance espacio-temporal puede enmarcarse indistintamente en lo local, lo nacional o lo global²⁹⁷”.

6.4 Bases epistemológicas del pluralismo jurídico

La discusión sobre el pluralismo jurídico no ha girado solamente en torno a las distintas espacialidades jurídicas; ni a la relación entre pluralismo social y pluralismo jurídico. El pluralismo posmoderno de Boaventura ha traído a colación un debate epistemológico de trasfondo, bien interesante. Distintos autores defienden el pluralismo jurídico desde concepciones epistemológicas distintas. Boaventura defiende el pluralismo jurídico desde la posmodernidad, en cambio, William Twining defiende el pluralismo jurídico desde la modernidad. En buena parte esta discusión se debe a la comprensión del pluralismo social como fundamento del pluralismo jurídico.

El pluralismo social y jurídico también se respalda en un pluralismo cognitivo o epistemológico. Boaventura ha promovido la idea de una justicia cognitiva global desde su propuesta de las epistemologías del sur. Otros autores como Orlando Fals Borda y Pierre Bourdieu plantearon cuestionamientos sobre el monismo metodológico y epistemológico de las ciencias sociales, tal como lo advierte el profesor Leopoldo Múnica en su artículo “La alteridad epistemológica. Una perspectiva desde América Latina”. De acuerdo con estas perspectivas se deben tender puentes para un diálogo de saberes, reconociendo que el saber occidental y moderno de las ciencias sociales no es más válido que los

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 54.

²⁹⁷ Dávila Sáenz, Juana. *Op. Cít.*, p. 70.

saberes de las comunidades y de los oprimidos. Se debe generar una “ecología de saberes” en términos de Boaventura de Sousa Santos.

Este pluralismo epistemológico implica la toma de posturas sobre la realidad, sobre el conocimiento y sobre la verdad²⁹⁸. Para ilustrar este punto, a continuación, se presenta en paralelo la noción epistemológica que defiende Twining y que representa las principales tesis epistemológicas de la filósofa Susan Haack, quien asume una perspectiva de “realismo inocente” y la noción desde las epistemologías de sur y de la posmodernidad de oposición de Boaventura de Sousa Santos.

Tabla 6-1: Tesis del conocimiento de Susan Haack vs Boaventura de Sousa Santos.

	Susan Haack	Boaventura de Sousa Santos
Tesis sobre el conocimiento	Existe un mundo real.	Toda naturaleza es cultura.
	Este mundo es independiente de nosotros en un sentido muy amplio.	La ciencia moderna, además de ser moderna, es también occidental, capitalista y sexista.
	El que una descripción del mundo sea verdadera o falsa depende en buena medida del contenido de tal descripción y la manera de ser del mundo.	Hay tantas naturalezas cuantas culturas existen. Dado lo anterior, todo conocimiento científico-natural es científico-social.
	Hay muchas descripciones verdaderas del mundo; tales descripciones pueden combinarse en una descripción de conjunto; pero descripciones incompatibles no pueden ser verdaderas de manera conjunta.	La creación del conocimiento en el paradigma emergente pretende hallarse cerca de la creación literaria y artística.
	Se asume un “relativismo conceptual”, según el cual: (i) los vocabularios pueden variar y cambiar; (ii) ningún vocabulario tiene privilegios sobre otros; y (iii) el fenómeno de la percepción involucra siempre conceptualización e interpretación.	En cuanto que constituyen un catalizador para fundir las ciencias naturales y las sociales, las neohumanidades nos ayudan a buscar categorías globales de inteligibilidad, conceptos más amables y más capaces de traspasar las fronteras desde las cuales la ciencia moderna ha dividido y ha encasillado la realidad
	Ciertas afirmaciones pueden tener sentido, pero su valor de verdad no es determinable; tales afirmaciones	Para el saber emancipatorio postmodernista, la verdad es retórica, un momento mítico de descanso en una

²⁹⁸ Supra.

	son epistemológicamente poco valiosas, al menos en principio.	batalla argumentativa continua e infinita entre diferentes discursos de la verdad; es el resultado siempre provisional de una negociación de significado al interior de una audiencia relevante, que en la era moderna ha sido la comunidad científica, o más bien, la pluralidad de comunidades científicas.
		La ciencia moderna se autoconstruyó en contra del sentido común, que ha considerado superficial, ilusorio y falso.
		Todo conocimiento es auto-conocimiento, se acude al colapso de la distinción tradicional entre sujeto y objeto.

Fuente: elaboración propia

Como se puede observar, Susan Haack asume una postura de “realismo inocente”. Realismo porque se adhiere a la tesis de que la realidad existe y es independiente de los sujetos. Asume una perspectiva cognoscitivista ya que considera que la realidad se puede conocer. Y se basa en una teoría de la verdad como correspondencia, ya que la verdad depende de la adecuación entre los enunciados y la realidad. Sin embargo, este realismo es “inocente” en el sentido de que afirma el relativismo conceptual. Este relativismo se basa en considerar que conocemos la realidad a través del lenguaje y la interpretación; que no existen lenguajes mejores que otros, solo diferentes; que los vocabularios son cambiantes; y que por la variedad del lenguaje puede haber múltiples descripciones verdaderas del mundo al mismo tiempo.

En contraposición, el profesor Boaventura de Sousa Santos no asume la tesis relista en el sentido de que no existe una realidad independiente de los sujetos y de la cultura. De allí su afirmación de que toda naturaleza es cultura, de que la verdad es un problema retórico y no necesariamente objetivo. Planteamientos que buscan ir más allá de la división sujeto-objeto en las ciencias sociales.

En síntesis, el pluralismo social y jurídico se acompaña de un pluralismo cognitivo y epistemológico. Este tipo de pluralismo se puede defender desde distintas perspectivas. Se puede defender desde el realismo inocente de Susan Haack y William Twining; según el cual el pluralismo nace del relativismo conceptual. Este relativismo conceptual le abre la

puerta a las distintas formas del lenguaje, a los distintos lenguajes, a lo simbólico, a la representación cultural de la realidad, entre otras, dentro del conocimiento de la realidad objetiva e independiente de los sujetos. También se puede defender el pluralismo desde posturas posmodernas, como la de Boaventura, que consideran que todo conocimiento es cultural y que no existe una realidad independiente de los sujetos y las culturas. Adicionalmente, esta relativización del conocimiento tiene sus raíces en el estudio de las relaciones de poder y en la colonización del pensamiento en las ciencias sociales. Por eso, la relativización de la realidad va de la mano de uno, entre varios, intentos por cuestionar las relaciones de dominación en el mundo, entre ellas, las relaciones de dominación cognitiva. De allí la importancia de la reivindicación de los saberes otros, de los saberes del sur global.

En general, considero que existe un relativo consenso en las ciencias sociales contemporáneas en la necesidad de cuestionar la división tajante entre sujetos y objetos de conocimiento. El conocimiento social implica una relación entre sujetos. Sin embargo, soy más afín al realismo inocente que a las posturas posmodernas en la defensa del pluralismo. En consecuencia, considero que la realidad existe, es independiente de los sujetos, y la definición de verdad debe partir de una noción de correspondencia; sin embargo, la realidad social es siempre una construcción social constante, el conocimiento nunca llega a una verdad absoluta, simplemente se acerca o se aleja a la verdad, y el conocimiento depende en buena medida de los lentes culturales, lingüísticos y simbólicos de los seres humanos y de las comunidades (relativismo conceptual). De allí que, se sostenga que, en el marco de una perspectiva realista y una concepción de la verdad como correspondencia, se pueda defender la pluralidad de saberes, el pluralismo social, y el pluralismo jurídico.

6.5 El pluralismo jurídico y el concepto de Derecho

Como se pudo observar al describir la primera etapa de reflexión teórica de Boaventura de Sousa Santos, el concepto de derecho es un elemento relevante a la hora de precisar el modelo teórico del pluralismo jurídico. Como vimos con Griffiths, el pluralismo jurídico se consolidó en diálogo y contradicción con el centralismo legal. Debido a esta oposición, muchos autores consideraron que el pluralismo jurídico era una concepción teórica contraria al positivismo jurídico. En este marco de discusión, presentaré un análisis sobre

el pluralismo jurídico desde el positivismo; la importancia del concepto de Derecho a efectos de definir los elementos determinantes de lo jurídico; y la relación del concepto del Derecho y su relación con la sociedad.

En primer lugar, considero que el diálogo entre pluralismo jurídico y positivismo jurídico debe plantearse en el marco de la distinción del positivismo como enfoque (metodológico), como teoría, y como ideología. Tal como se expuso en el acápite de la historia de la teoría del Derecho, el positivismo jurídico como enfoque se basa en tres tesis: la tesis de las fuentes sociales del Derecho, la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral y la tesis de la posibilidad de un conocimiento valorativamente neutro del Derecho. El positivismo jurídico como teoría es una tesis descriptiva de cómo son los ordenamientos jurídicos de derecho positivo. De acuerdo con esta tesis el Derecho se caracteriza por el estatalismo, el imperativismo, la coactividad, el legalismo, la sistematicidad y el deductivismo o logicismo. Y el positivismo como ideología es una postura según la cual el derecho positivo por el hecho de serlo es en sí mismo justo, de allí que exista un deber moral de obedecer el Derecho.

En este panorama, la primera conclusión inmediata es que el positivismo jurídico como teoría y como ideología es incompatible con las concepciones del pluralismo jurídico. Sin embargo, puede existir una eventual armonización entre el positivismo jurídico como enfoque (o metodológico) y el pluralismo jurídico. La tesis de las fuentes sociales del Derecho lo que indica es que el Derecho es siempre un producto social, histórico, y concreto. Y frente a la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, se debe precisar primero que la separación conceptual no es sinónimo de separación empírica. De acuerdo con esta consideración, el pluralismo jurídico no plantea que no deba existir una separación conceptual, aunque existan innegables relaciones empíricas. El tema es que esta tesis del positivismo jurídico pretende distinguir el Derecho de otros ordenes normativos. En consecuencia, esta tesis depende del criterio de juridicidad que se adopte. En otras palabras, depende de los criterios distintivos de lo jurídico.

Buena parte de las críticas al pluralismo jurídico desde el seno del positivismo metodológico provienen de positivistas normativistas que consideran que un logro de los Estados modernos es la diferenciación de los distintos sistemas normativos: morales,

religiosos, de usos sociales, y jurídicos; y que lo distintivo del Derecho es ser un sistema de normas jurídicas caracterizadas por su pertenencia a un sistema jurídico, por contar con la propiedad de la validez, y por la sanción social institucionalizada ante su incumplimiento. De allí que puedan convivir distintos sistemas normativos en un mismo tiempo y territorio, pero no pueden convivir en un mismo tiempo y territorio distintos sistemas jurídicos. Para estas concepciones, el Derecho es un sistema de normas jurídicas, y toda norma jurídica existe y es válida en el marco de un sistema jurídico. El pluralismo jurídico va en contra de una de las características esenciales de todo sistema jurídico: la unidad²⁹⁹. De allí que el profesor Juan Antonio García Amado afirme que “[s]i es pluralismo no es jurídico y si hay Derecho no es plural. Salvo, claro, que hagamos definiciones estipulativas, según las cuales es jurídico todo sistema social de normas”³⁰⁰.

En conclusión, el pluralismo jurídico dependiendo el criterio de juridicidad que se emplee puede ser compatible con las tesis del positivismo jurídico como enfoque (o metodológico): la tesis de las fuentes sociales del Derecho, la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, y la tesis de la posibilidad de un conocimiento valorativamente neutro del Derecho. Aunque, por una parte, existan críticas al pluralismo jurídicos desde el seno del positivismo normativista; y, por otra, que la mayoría de las veces la defensa de este tipo de marcos teóricos lleva implícita la defensa de una ideología política en relación con el Derecho, por lo que parece no quedar tan clara la dimensión de un conocimiento valorativamente neutro en el marco de estas concepciones del Derecho. En palabras del profesor Juan Antonio García Amado, parece depender de una decisión voluntaria que define las definiciones estipulativas que sobre el Derecho dan los teóricos, y no tanto, a los usos efectivos del concepto de Derecho en el seno de la comunidad jurídica.

En segundo lugar, los elementos distintivos de lo jurídico y que son determinantes a la hora de elaborar un concepto del Derecho deben partir de las distintas variantes del pluralismo

²⁹⁹ Norberto Bobbio identificaba tres grandes problemas en torno a los sistemas jurídicos: su unidad, su coherencia y su plenitud. Bobbio, Norberto. *Teoría general del Derecho*. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2019, pp. 147-231.

³⁰⁰ García Amado, Juan Antonio. *Pluralismo jurídico es un oxímoron*, 2020. Disponible en: <https://www.si-lex.es/pluralismo-juridico-es-un-oximoron>

jurídico. A continuación, se presentan las principales variantes de los criterios distintivos de lo jurídico en el marco de las concepciones favorables al pluralismo jurídico.

Tabla 6-2: Criterios de juridicidad según la concepción del pluralismo jurídico.

	Autor	Unidad de análisis social	Criterio de juridicidad
Pluralismo Jurídico Clásico	Ehrlich	La asociación	Hechos normativos – Reglas de conducta seguidas y reconocidas por una comunidad.
	Gurvitch	Grupo social	Regulación atributiva, imperativa y multilateral basada en un vínculo determinado entre demandas y deberes – La regulación busca realizar la idea de la justicia en un entorno social determinado. ³⁰¹
	Santi Romano	Instituciones	Los ordenamientos jurídicos - Normatividad implícita en la estructura de las instituciones que permite la estabilidad y permanencia del cuerpo social.
Nuevo Pluralismo Jurídico	Pospisil	Subgrupos sociales	Niveles legales dependiendo del grado de inclusión de cada subgrupo social
	Boaventura	Clases sociales	Justiciabilidad. El Derecho se concibe como “todo cuerpo de procedimientos regularizados y estándares normativos, considerado justiciable por un grupo dado, y que contribuye a la creación y prevención de disputas, así como a su solución a través de un discurso argumentativo y del uso o no de la fuerza coercitiva”.
	Moore	Campos sociales semi-autónomos	Normas de conducta y mecanismos de cumplimiento.
	Griffiths	Campo social semi-autónomo	Control social – Normas que regulan las relaciones entre los miembros del campo social.

³⁰¹ Definición del Derecho de Gurvitch: “Thus we reach a definition of law: Law represents an attempt to realize in a given social environment the idea of justice (that is, a preliminary and essentially variable reconciliation of conflicting spiritual values embodied in a social structure), through multilateral imperative attributive regulation based on a determined link between claims and duties; this regulation derives its validity from the normative facts which give a social guarantee of its effectiveness and can in certain cases execute its requirements by precise and external constraint, but does not necessarily presuppose it.” Gurvitch, Georges. *Sociology of Law*. Londrés: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co, Ltd., 1947, p. 47.

Pluralismo jurídico avanzado basado en la autopoiesis	Teubner	Sistemas sociales autopoieticos	Código binario legal/ilegal
Pluralismo jurídico posmoderno	Boaventura	Espacios-tiempos sociales	Justiciabilidad – retórica, burocracia, violencia.

Fuente: elaboración propia

De acuerdo con esta exposición, dentro de las distintas corrientes del pluralismo jurídico el criterio de juridicidad puede corresponder principalmente a: la normatividad o regulación (el Derecho corresponde a reglas de conducta); la justiciabilidad (la posibilidad de hacer efectivas esas regulaciones); o un sistema de comunicación binario (basado en el código binario legal/ilegal). De acuerdo con estos criterios, se puede observar cómo se pueden reconciliar dos tesis centrales del positivismo jurídico con el pluralismo jurídico. Tesis de las fuentes sociales del Derecho: el derecho es un producto social e histórico concreto que surge de una determinada unidad de análisis social (la asociación, el grupo social, las instituciones, los subgrupos sociales, las clases sociales, los campos sociales semi-autónomos, los sistemas sociales, los espacios-tiempos sociales, entre otras). Tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral: el concepto de derecho no depende de la moralidad sino de determinados criterios de juridicidad, bien sea el carácter normativo y regulador del Derecho, el criterio de la justiciabilidad, o el código binario legal/ilegal.

A estos criterios de juridicidad, a su turno, se deben acompañar consideraciones sobre el concepto de Derecho como las ofrecidas por el profesor Paolo Comanducci, para quién la pregunta ¿Qué es el Derecho? Se puede interpretar de dos formas distintas: como una pregunta lingüística sobre el significado de la palabra “Derecho” o como una pregunta ontológica sobre la “naturaleza” misma del Derecho. Respecto a la primera interpretación, el problema es determinar los usos lingüísticos de la expresión “Derecho” dependiendo el contexto lingüístico. Respecto a la segunda interpretación, Comanducci considera que las respuestas más difundidas se pueden clasificar en dos: el Derecho como un conjunto de hechos o el Derecho como un conjunto de normas. La primera respuesta indica que el Derecho es un hecho social o una práctica social. Este tipo de respuestas es afín a la teoría

del pluralismo jurídico ya que en estas teorías el Derecho se concibe como una práctica social producida en el marco de una determinada unidad de análisis sociológico.

Existe una respuesta intermedia entre las dos respuestas a la pregunta ontológica por el concepto del Derecho. Se trata de la idea de que el Derecho es una práctica discursiva, y que este discurso es mayoritariamente normativo. Este enfoque del Derecho se ve reflejado en apartados anteriores de este trabajo, donde se han descrito los distintos discursos asociados al Derecho: los discursos del derecho, con el derecho, acerca del derecho, y para el derecho.

En este sentido, se considerará que el Derecho corresponde a una práctica social, en buena medida discursiva, pero que no se agota en mero lenguaje, determinada por un cierto criterio de juridicidad. En este marco, es importante tener en cuenta algunos elementos sobre la relación: concepto de derecho – pluralismo jurídico – derecho procesal.

Primer elemento a tener en cuenta, la diferencia entre proceso y derecho procesal. El proceso es una realidad social, un fenómeno social, es el mecanismo por el cual a través de una serie o sucesión de actos ante un tercero imparcial (que en la teoría procesal se considera revestido de función jurisdiccional) se resuelven conflictos y pretensiones de las personas. En cambio, el derecho procesal se refiere al conjunto o sistema de normas que regulan el proceso. ¿Por qué es importante esta diferencia en relación con el concepto de Derecho? Porque en la noción de proceso y de derecho procesal ya están latentes las dos respuestas ontológicas: derecho como hecho social, derecho como sistema normativo.

Segundo elemento a tener en cuenta, cuando el criterio de la juridicidad es la normatividad o regulación de las conductas humanas, aun cuando se considere que el Derecho es una práctica social discursiva, se entiende que lo esencial es regular la conducta a partir de los operadores deónticos de prohibición, permisión y obligación.

Tercer elemento a tener en cuenta, cuando el criterio de la juridicidad es la normatividad o regulación de las conductas humanas, se deben tener en cuenta las críticas de Hart a Austin. No todas las normas de un sistema jurídico pueden ser normas que regulen la

conducta, se requieren normas que identifiquen las competencias internas dentro del sistema. No importa que se trate de sistemas jurídicos no estatales.

Cuarto elemento a tener en cuenta, al partir del estudio del proceso, del derecho procesal, y de los sistemas de juzgamiento, indudablemente se debe partir de que la justiciabilidad debe ser un criterio de juridicidad. No se conciben sistemas jurídicos sin mecanismos de administración de justicia o de resolución de conflictos. En consecuencia, el criterio de la regulación y de la normatividad debe acompañarse del criterio de la justiciabilidad.

Quinto elemento a tener en cuenta, la consideración de que el Derecho es una práctica discursiva debe tener en cuenta los distintos focos de juridicidad distintos al Estado-Nación. Es decir, en el espacio local, en las comunidades, por ejemplo, las comunidades indígenas, afrodescendientes y campesinas, las prácticas normativas no se encuentran necesariamente expresadas en un discurso materializado en una fuente escrita del Derecho. En este contexto, en la actualidad pueden confluir tres culturas o racionalidades paralelas: la cultura oral, la cultura escrita, y la cultura visual.

La sociedad presente en las grandes ciudades vive en medio de una cultura hipertextualizada e hipervisual³⁰². La sociedad del consumo y de la información, entre otras, se caracteriza por una circulación masiva de textos y de imágenes (en esta sociedad juega un papel importante la publicidad y la estetización de las mercancías). A su turno, el Derecho de los Estado-Nación, bien bajo el influjo de la tradición codificadora y del civil law, o bien bajo el influjo de la tradición de precedentes del common law, se inscribe en una cultura predominantemente escrita (las fuentes del Derecho principalmente se expresan en fuentes escritas: las sentencias y los códigos). Esto sin que se desconozca la presencia importante de elementos de oralidad dentro de las tradiciones procesales de estas dos culturas (civil law y common law). Contrario a lo anterior, las comunidades indígenas, campesinas y afrodescendientes se caracterizan por una cultura marcadamente oral³⁰³. Es por esto por lo que no será común dentro de las prácticas sociales de estas

³⁰² Martin-Barbero, Jesús. *Jóvenes entre el palimpsesto y el hipertexto*. Barcelona: Ned Ediciones, 2017.

³⁰³ Esto no obsta para que en estas culturas exista una comprensión culturalmente diferenciada de la importancia de la imagen y de lo visual. Solo que no es una racionalidad visual de consumo.

comunidades que existan discursos normativos claramente definidos que consten por escrito. Por eso es relevante tener estas particularidades a la hora de abordar la dimensión discursiva del Derecho.

Sexto elemento a tener en cuenta, el pluralismo jurídico basado en la teoría de sistemas sociales autopoiéticos tiene ventajas y desventajas. Se debe recordar que este tipo de teoría considera que el criterio de juridicidad es producido internamente por el propio sistema del derecho, manifestado bajo el código binario legal/ilegal. Una ventaja de esta concepción es que recupera la idea del Derecho como un sistema social y como un sistema comunicacional; esto acerca esta teoría con la idea del Derecho como una práctica discursiva. Una segunda ventaja es que permite entender el Derecho y su relación con lo que no es Derecho, con el entorno. Una desventaja es que no es claro, pese a los esfuerzos de Teubner, cómo es el marco de relaciones, diálogos y tensiones entre los distintos sistemas jurídicos, incluyendo los sistemas jurídicos no estatales. Y una segunda desventaja es que el código binario legal/ilegal no incluye de forma clara la justiciabilidad como criterio de juridicidad. En este punto es mejor la expresión amplia de Luhmann del código binario expresado como Derecho/no-Derecho. Esta concepción permite incluir la justiciabilidad como criterio de juridicidad.

Séptimo elemento a tener en cuenta, el Derecho no es solo una práctica discursiva. Sobre este punto, cabe resaltar el concepto de Derecho de Boaventura de Sousa Santos quien presenta una definición flexible que permite explicar la pluralidad jurídica, identificar los elementos estructurales del Derecho, y representar un criterio de juridicidad. La definición del Derecho de Boaventura permite explicar la pluralidad jurídica porque no centra el foco de juridicidad en el Estado-Nación, sino en los distintos grupos sociales y espacios-tiempos de la sociedad. De allí que una cartografía adecuada del fenómeno jurídico deba tener en cuenta tres escalas diferentes: la escala local, la escala nacional y la escala global. Adicionalmente, Boaventura considera que el Derecho no se puede entender solamente como un discurso sobre lo legal y lo ilegal, como le critica a Teubner³⁰⁴. El Derecho más que una práctica discursiva es una mezcla de varios elementos estructurales: la retórica,

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 66.

la burocracia y la violencia. Sin embargo, esta concepción del Derecho no ha sido carente de críticas.

Una reciente crítica a la concepción del Derecho de Boaventura proviene del profesor Manuel Atienza, quien crítica esta concepción desde las tesis del postpositivismo (expuestas en la sección 2.3 de este trabajo). En particular, el profesor Atienza crítica (i) el relativismo epistemológico de Boaventura; (ii) el uso de expresiones ambiguas como “retórica”, donde no parece distinguir entre argumentación y retórica; (iii) su idea de que el Derecho contemporáneo se caracteriza por un uso cada vez menor del elementos “retóricos”, sin tener en cuenta la importancia de la argumentación jurídica dentro del nuevo constitucionalismo (el “giro argumentativo de la teoría del Derecho”); (iv) su concepción anti universalista de los derechos; (v) su falta de objetivismo moral y de una concepción clara sobre la dignidad humana, en otras palabras, para el profesor Atienza desde el objetivismo moral se deben buscar propuestas normativas metaculturales para no caer en una mera descripción de las diferencias culturales; (vi) que su pluralismo jurídico no reconoce una cierta prioridad al derecho estatal; (vii) de allí que no reconozca las potencialidades del Estado constitucional para la emancipación social; y, todo esto conduce a una crítica general del concepto de Derecho de Boaventura, (viii) en palabras de Atienza, “una de las categorías que me parecen inadecuadas es la Derecho, tal y como él [Boaventura] la presenta; pues su definición trasluce, efectivamente, una noción muy amplia de lo jurídico, pero yo diría que injustificadamente pobre y mucho más próxima a las caracterizaciones usuales de los autores iuspositivistas de lo que Santos parece suponer”³⁰⁵, esto se debe a que en la definición de Boaventura, el Derecho está definido en términos normativos (la retórica, la burocracia y la fuerza están referidas estrictamente a normas) y no como una práctica basada en normas con la que se trata de lograr ciertos fines y valores.

Esto demuestra algo interesante que, aunque algunos positivistas normativistas (como García Amado) y postpositivistas critican ciertas concepciones del pluralismo jurídico, parece ser que hay mayor compatibilidad entre el pluralismo jurídico y el positivismo metodológico, que entre este y el postpositivismo.

³⁰⁵ Atienza, Manuel. *Filosofía del Derecho y transformación social*. Op. Cit., p. 318.

Retomando el concepto de Derecho de Boaventura, por último, este concepto identifica como criterio de juridicidad la justiciabilidad. Esto se puede observar en la siguientes palabras de Boaventura: el Derecho se concibe “como un cuerpo de procedimientos regularizados y estándares normativos que se considera[n] exigible[s] -es decir, susceptible[s] de ser impuesto[s] por una autoridad judicial- en un grupo determinado (...)”³⁰⁶.

Con base en estos siete elementos reflexionaremos sobre el pluralismo jurídico, el proceso, el derecho procesal y el concepto del Derecho. En primer lugar, la discusión del pluralismo jurídico implica asumir un concepto de Derecho que permite identificar focos de juridicidad distintos al Estado-Nación. En segundo lugar, el concepto y definición de derecho debe tener en cuenta las respuestas ontológicas a la pregunta ¿Qué es el Derecho? En tercer lugar, el concepto de Derecho debe intentar abarcar los elementos que estructuran el campo propio de lo jurídico. En cuarto lugar, el concepto de derecho a la luz de la teoría procesal debe incluir la justiciabilidad como criterio de juridicidad ineludible. En quinto lugar, debe permitir identificar los distintos espacios de lo jurídico y la unidad de análisis sociológica base de la producción del Derecho. Y, en sexto lugar, debe permitir identificar las posibles relaciones entre distintos sistemas o campos jurídicos. En este último punto se debe reflejar, por una parte, si la concepción de la sociedad es una concepción horizontal o jerárquica, y, por otra parte, explicar el fenómeno de la interlegalidad.

En primer lugar, el concepto de Derecho admite el pluralismo jurídico si no reduce el foco de la producción jurídica al Estado-Nación y si no establece como característica esencial del Derecho la coactividad del Estado. En este punto, es importante resaltar que para Boaventura de Sousa Santos la violencia es un elemento estructural del Derecho que puede estar más o menos presente en ciertos campos jurídicos. Donde prima la retórica y la burocracia se reduce la violencia, y viceversa. De allí que esta característica que en ocasiones se le indilga al Derecho deba entenderse a la luz, por una parte, de la discusión de la violencia como un elemento estructural de lo jurídico y, de otra parte, de la discusión

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 54.

sobre la pretensión del monopolio legítimo de la violencia parte del Estado. El Estado pretende, pero no siempre cuenta con, el monopolio de la fuerza o de la violencia. Uno de los elementos constitutivos del Estado es el territorio; sin embargo, en países como Colombia es claro que el Estado no tiene una presencia efectiva en todo el territorio nacional³⁰⁷. En varias regiones del país es claro que el Estado no monopoliza la violencia; y en otros territorios es una agente más en la disputa por el control territorial.

En segundo lugar, se debe asumir una postura frente a si se considera al Derecho como un conjunto o sistema de normas o como una práctica o hecho social. Si se considera como una práctica o hecho social se debe definir si se trata de una práctica discursiva, no discursiva, o no exclusivamente discursiva. Y con base en lo anterior, si se trata de un sistema de normas³⁰⁸ o de una práctica discursiva en general (por regla general un discurso normativo), se debe tener en cuenta el tipo de normas que conforman el sistema o el discurso. Normas que por regla general son de dos tipos: normas que regulan la conducta a partir de las modalidades deónticas: prohibido, permitido y obligatorio (reglas primarias o regulativas) y normas que regulan las competencias al interior del sistema o campo jurídico (reglas secundarias o constitutivas)³⁰⁹. En este trabajo sostendré una posición según la cual el Derecho se concibe como una práctica social no exclusivamente discursiva (aunque esta sea una de sus dimensiones centrales). En otras palabras, no se trata solamente de un discurso normativo o de un sistema de comunicación guiado por el código binario: legal/ilegal. Se trata de una práctica social que se compone de otros elementos que veremos a continuación.

En tercer lugar, el concepto de Derecho debe intentar abarcar los elementos que estructuran el campo propio de lo jurídico. Desde esta perspectiva, cabe recordar la

³⁰⁷ García Villegas, Mauricio & Revelo Rebolledo, Javier (dirs.). *El Estado en la periferia. Historias locales de debilidad institucional*. Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2018, pp. 11-21.

³⁰⁸ Esta forma de expresión no es unívoca, ya que es posible considerar que al hablar del Derecho como un conjunto o sistema de normas nos estamos refiriendo a un discurso en sí mismo. Así que cuando me refiero al Derecho como práctica discursiva no me refiero exclusivamente al discurso del sistema normativo de derecho positivo.

³⁰⁹ En este punto no menciono los principios como tipos de normas, más que por exclusión, porque se trata de un tipo de normas cuya discusión se centra en el campo o sistema jurídico estatal, y no abarca la composición de todos los sistemas o campos jurídicos en el marco de una concepción pluralista del Derecho.

exposición de Boaventura de Sousa Santos, para quien el Derecho se compone de tres elementos estructurales: la retórica, la burocracia y la violencia. En este trabajo sostendré que el Derecho efectivamente implica estos tres elementos, aunque como mostró el profesor Atienza puede que su denominación no sea la más adecuada. Cambiando la denominación, podríamos decir que el Derecho se compone de (i) una dimensión discursiva: donde se encuentran la argumentación, la interpretación, la construcción del discurso normativo, la identificación de las fuentes normativas, los enunciados de los juristas, etc.; (ii) una dimensión autoritativa (burocrática) de los órganos encargados de crear, modificar y aplicar el Derecho; y (iii) una dimensión de eficacia social (basada en parte en el consenso y en parte en la fuerza). Apartándome de las posturas postpositivistas, no considero, como sí lo hace el profesor Atienza y Robert Alexy, que una condición necesaria del Derecho sea contar con una dimensión finalista, axiológica o ideal.

En cuarto lugar, el concepto de derecho a la luz de la teoría procesal debe incluir la justiciabilidad como criterio de juridicidad ineludible. No puede existir un campo o sistema jurídico allí donde no existen mecanismos de justiciabilidad o de resolución de conflictos. Esta resolución de conflictos puede ser heterocompositiva o de otros tipos. Cuando se trata de mecanismos heterocompositivos, las decisiones que adoptan los terceros tienen la pretensión de estar acordes con el discurso normativo consolidado dentro de cada unidad de análisis sociológica; sin embargo, el campo normativo puede ser muy amplio. En palabras del Derecho estatal, los mecanismos heterocompositivos pueden implicar resoluciones en derecho (con base en el derecho positivo estatal) o en equidad.

En quinto lugar, el derecho surge de ciertos focos de juridicidad que representan una determinada unidad de análisis sociológica: la asociación (en Ehrlich), el grupo social (en Gurvitch), las instituciones (en Santi Romano), los subgrupos sociales (en Pospisil), las clases sociales (en el primer Boaventura), los campos sociales semi-autónomos (en Moore y Griffiths), los sistemas sociales autopoieticos (en Teubner), o los espacios-tiempos sociales (en el segundo Boaventura).

Sobre este tema hay que tener en cuenta cuatro elementos adicionales, primero, la relación unidad de análisis sociológica y espacialidad; segundo, los focos de juridicidad y el isomorfismo social; tercero, el pluralismo jurídico en el marco general de la comprensión

de la sociedad; y cuarto, la dimensión espacial contemporánea del Derecho. Primero, la unidad de análisis sociológica no representa necesariamente un espacio o una escala espacial. En el análisis de la postura posmoderna de Boaventura de Sousa Santos se ve claro: la unidad de análisis son los espacios-tiempos sociales (el espacio doméstico, el espacio de la producción, el espacio del mercado, el espacio de la comunidad, el espacio de la ciudadanía, y el espacio mundial), mientras que las escalas espaciales del Derecho para Boaventura son lo local, lo nacional y lo mundial. En este sentido, la unidad de análisis no implica un determinado espacio en concreto.

Segundo, las distintas unidades de análisis sociológico pueden implicar un isomorfismo entre lo social y lo jurídico. Es decir, de acuerdo con ciertas concepciones del pluralismo jurídico, aparentemente todo campo de relaciones sociales es productor de Derecho. La forma de evitar esto es complementando la unidad de análisis sociológica con el criterio de juridicidad y los elementos estructurales del Derecho. Es decir, solo será un foco de juridicidad la unidad de análisis sociológica que cuente con mecanismos de justiciabilidad y que tenga componentes discursivos, autoritativos y de eficacia social institucionalizada, en algún grado.

Tercero, el pluralismo jurídico debe comprender la forma en cómo se interrelacionan las distintas unidades sociológicas, lo que implica comprender la relación entre distintos sistemas o campos jurídicos. Esta relación se debe ver a la luz de una comprensión más general de la sociedad. Esta comprensión puede ser horizontal o vertical. Una visión horizontal parte de considerar que las distintas unidades de análisis sociológico son autónomas entre sí, y que no existen jerarquías entre ellas. Por el contrario, una visión vertical del pluralismo considera que estas distintas unidades de análisis se relacionan entre sí por medio de relaciones de poder. De suerte que puede haber relaciones de resistencia y de dominación entre ellas.

Y cuarto, los espacios en que surge el Derecho son muy disímiles entre sí. Por una parte se encuentra el espacio del Derecho de la globalización económica; y, por otra parte, se encuentra el Derecho propio de las organizaciones comunitarias locales, como las comunidades indígenas campesinas o afro. De tal suerte que la unidad de análisis sociológica debe ser lo suficientemente amplia para abarcar estos distintos tipos de juridicidad.

En consecuencia, considero que un concepto del Derecho acorde con el pluralismo jurídico debe tener en cuenta que: (i) la unidad de análisis sociológica que sirve de foco o fuente de juridicidad no es sinónimo necesariamente de las escalas espaciales del Derecho; (ii) no todo campo de relaciones sociales puede ser un foco de juridicidad, debe contar con mecanismos de justiciabilidad y elementos discursivos, autoritativos-burocráticos y de eficacia social institucionalizada; (iii) estas distintas unidades de análisis sociológicas se relacionan entre sí en un contexto social desigual y marcado por distintos sistemas de dominación: el capitalismo, el colonialismo y el patriarcado; y (iv) la unidad de análisis sociológica del Derecho debe ser lo suficientemente amplia para explicar la juridicidad local y transnacional.

Por último, antes de dar un posible concepto del Derecho que de cuenta del pluralismo jurídico y que permite dar cuenta de los retos contemporáneos (problemas externos) de la teoría procesal, considero que se debe definir cómo se concibe en general el Derecho. Usualmente en el campo de la dogmática jurídica se define al Derecho como un sistema de normas, debido a que estas normas se relacionan de una manera ordenada o según un patrón³¹⁰. Debido a que hasta aquí se ha concebido al Derecho sobre todo como una práctica social, también es posible comprenderlo desde el punto de vista sociológico o bien como un sistema social o bien como un campo social. La primera postura se ve reflejada en la concepción del Derecho de Luhmann, la segunda se ve reflejada en la concepción del Derecho de Bourdieu.

A continuación se presentan algunas diferencias. Primera diferencia, el concepto de campo social no se puede desligar de los conceptos de “capital, habitus, juego, estrategia, relaciones de fuerza, etc.”³¹¹. Mientras que el concepto de sistema social no puede aislarse de los conceptos de “autorreferencia, autopoiesis, complejidad, entorno, contingencia,

³¹⁰ Ejemplo de ella es la idea de Valencia Zea y Ortiz Monsalve de que el derecho objetivo es un sistema de normas debido a que estas se relacionan de forma coordinada y subordinada entre sí. Valencia Zea, Arturo & Ortiz Monsalve, Álvaro. Op. Cít., p. 2.

³¹¹ Aguilar Novoa, Omar. “Campo y sistema en la teoría sociológica (Notas sobre una convergencia)”. En: *Revista de Sociología*, núm. 17, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, 2003, pp. 81-94.

sentido, etc.”³¹². De acuerdo con los profesores Yves Dezalay y David M. Trubek, los campos sociales son sistemas abiertos cuyos límites siempre están en cuestión y que se constituyen por “actores con diferentes posiciones que luchan por los privilegios que ofrece el campo”³¹³. Estos actores (“jugadores”) “despliegan en el campo de juego varias formas de capital (económico, social, cultural) en sus luchas contra los otros jugadores”³¹⁴ y comparten un conjunto de disposiciones que guían su conducta dentro del campo que se denomina *habitus*³¹⁵. En cambio, Luhmann considera que los sistemas sociales se deben entender como “una diferencia que se produce constantemente a partir de un solo tipo de operación”³¹⁶, la operación comunicacional que reproduce “la diferencia sistema/entorno en la medida en que produce comunicación solo mediante comunicación”³¹⁷. De esta forma, los sistemas sociales se conciben como un tipo de sistemas autopoieticos basados en operaciones comunicativas con clausura operativa, cuya unidad deviene de la diferencia entre sistema y entorno.

Segunda diferencia, y de la mano de la anterior, el campo social se concibe como un microespacio social en el que existe una estructura de relaciones entre posiciones sociales³¹⁸. En cambio, los sistemas sociales se conciben como un producto de la reducción de la complejidad del entorno³¹⁹, en el marco de la diferencia: sistema/entorno.

Tercera diferencia, los elementos que componen un campo social son principalmente posiciones interdependientes que ocupan distintos agentes. Por el contrario, los elementos que componen un sistema social son comunicaciones. Para Luhmann, los sistemas sociales son sistemas autorreferenciales de comunicaciones.

³¹² *Ibidem*.

³¹³ Dezalay, Yves & M. Trubek, David. “La reestructuración global y el Derecho. La internacionalización de los campos jurídicos y la creación de los espacios transnacionales”. En: *Pensamiento Jurídico* núm. 1, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 1994, pp. 5-41, p. 9.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ *Ibidem*.

³¹⁶ Luhmann, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 69.

³¹⁷ *Ibidem*.

³¹⁸ Aguilar Novoa, Omar. Op. Cít.

³¹⁹ *Ibidem*.

Cuarta diferencia, los límites de un campo social varían. Analógicamente a la física, por ejemplo, al campo gravitacional, Bourdieu considera que para definir los límites es importante tener en cuenta los efectos del campo. Es decir, “los límites del campo terminan allí donde terminan sus efectos, y los participantes del campo serán quienes sufren sus efectos”. En cambio, para Luhmann los límites de un sistema social no son límites físicos sino límites de sentido.

En este punto, se puede observar que la noción de campo y sistema social no son idénticas. Ambas categorías de comprensión de lo social tienen sus ventajas y desventajas. La noción de campo social permite entender más fácilmente las relaciones de poder en el seno de una campo social. Mientras que la noción de sistema social permite entender la importancia de la comunicación en las relaciones sociales, y la relación entre los distintos sistemas sociales a partir de la diferencia sistema/entorno y la noción de acoplamiento estructural.

Como ambas categorías tienen ventajas analíticas, en este trabajo no me inclinaré por ninguna de las dos. En todo caso, considero que en cada investigación analítica, empírica o normativa que se desarrolle sobre la teoría procesal y la TGP se deberá definir el marco analítico y teórico desde el cuál se investiga, si se entiende al Derecho como un campo jurídico o como un sistema social.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, en el marco de un concepto flexible de Derecho que de cuenta de su especificidad, que de cabida al pluralismo jurídico, y desde el cual se pueda abordar la teoría procesal, se puede tener en cuenta un concepto de Derecho del siguiente tipo:

El Derecho se concibe como una práctica social no exclusivamente discursiva, representativa de un campo o sistema social, por medio de la cual, en distintos espacios-tiempos sociales (como el doméstico, el de la producción, el de la comunidad, el del mercado, el de la ciudadanía, entre otros) y a distintas escalas (escala local, nacional y mundial, entre otras), se establecen mecanismos de resolución de conflictos y estándares normativos que regulan las conductas humanas y las competencias normativas internas dentro del campo o sistema, y en

cuya producción, identificación y aplicación, confluyen, en distintos grados y combinaciones posibles, elementos discursivos (retóricos y argumentativos), burocráticos o autoritativos, y elementos de eficacia social institucionalizada (caracterizada por el uso de la violencia física o simbólica), en potencia (amenaza del uso de la fuerza) o en acto (uso de la fuerza); que se relaciona con otros campos o sistemas sociales (como la economía y la política); y que implica una pluralidad de focos de juridicidad, de tal suerte que existen tantos derechos, campos o sistemas jurídicos, cuantos focos de juridicidad existan; sistemas o campos jurídicos que se yuxtaponen, coexisten, confrontan, y dialogan entre sí, y que representan posibilidades de dominación o emancipación social dependiendo de la forma en cómo se enmarquen, en general, dentro de la reproducción, adaptación, resistencia o revolución de los sistemas de dominación contemporáneos: el capitalismo, el colonialismo y el patriarcado; y dependiendo de la lucha interna dentro del campo o sistema jurídico respectivo.

Como se puede observar, esta concepción es compatible con el pluralismo jurídico y con el positivismo jurídico como enfoque (metodológico). El Derecho es un producto social, una práctica social (tesis de las fuentes sociales del Derecho); y a su vez, es conceptualmente distinto a la moral, aunque se relacione empíricamente con esta (tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral). Como producto social, el Derecho no es ajeno a las matrices de dominación social presentes en las sociedades contemporáneas: el capitalismo, el colonialismo y el patriarcado. No se puede entender el Derecho como una práctica social ajena a las relaciones de poder que se generan en el seno de la sociedad. En todo caso, el Derecho conserva una autonomía relativa frente a los demás sistemas o campos sociales, como la política y la economía. Por otra parte, como una práctica social conceptualmente distinta a la moral, pero empíricamente relacionada con esta, el Derecho no es justo ni emancipador por el hecho mismo de serlo. Por eso la crítica política y social al Derecho es una constante exigencia para que el Derecho de cada uno de los espacios-tiempos sociales se actualice y tienda hacia una forma de vida y convivencia más justa y equitativa. Las tensiones entre Derecho y justicia, entre poder y poder legítimo, entre dominación y emancipación, se ven reflejadas en la relación trilemática que se le plantea a todos y cada uno de los sistemas y campos jurídicos entre validez, legitimidad y eficacia.

Ahora bien, pese a la anterior exposición, más adelante se estudiará si se requiere acudir a un concepto de Derecho en general de este tipo para que el objeto y métodos de la TGP den cuenta de los retos y problemas externos que se le presentan actualmente a este tipo de teorías.

6.6 La cartografía jurídica, las escalas espaciales del Derecho y la interlegalidad

Una forma de comprender el Derecho desde el pluralismo jurídico y desde la dimensión espacial es la metáfora del mapa. El Derecho como mapa³²⁰. De acuerdo con Boaventura de Sousa Santos, esta comprensión metafórica del Derecho requiere tener en cuenta que los mapas distorsionan la realidad mediante tres mecanismos: la escala, la proyección y la simbolización. Esta metáfora del mapa es útil para la comprensión espacial del derecho; sin embargo, esto no debe desviar la atención de los límites de la representación cartográfica del Derecho, así como de la importancia de la teoría jurídica en la pretensión de construir mapas del Derecho. La importancia de la teoría jurídica en la representación cartográfica del Derecho se ve claramente expresada en la relación entre mapas geográficos y mapas mentales que presenta el profesor William Twining.

En este apartado, en primer lugar, se expondrán los mecanismos de la escala, la proyección y la simbolización para la construcción de una cartografía jurídica, desde la explicación del profesor Boaventura de Sousa Santos; en segundo lugar, se presentarán algunos límites y dificultades de la representación cartográfica del Derecho, de acuerdo con las reflexiones del profesor William Twining; en tercer lugar, se presentará la importancia de la teoría jurídica en la representación cartográfica del Derecho; en cuarto lugar, se analizará el problema de las escalas espaciales del Derecho; y, por último, se abordará el problema de la interlegalidad.

Primero, los mapas distorsionan la realidad mediante tres mecanismos: la escala, la proyección y la simbolización. De acuerdo con el profesor Boaventura, la escala representa

³²⁰ De Sousa Santos, Boaventura. “Una cartografía simbólica de las representaciones sociales. Prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho”. Op. Cít.

la relación entre la distancia en el terreno y la distancia en el mapa. Esta determina el grado de pormenorización de la representación. Todo mapa implica una tensión entre representación (grados de detalle) y orientación (ubicación). Los mapas pueden ser de gran escala, mediana escala o pequeña escala. Entre más grande la escala más se gana en representación y más se pierde en orientación. El mapa del Derecho se compone de tres escalas: la local (legalidad de gran escala), la nacional (legalidad de mediana escala) y la mundial (legalidad de pequeña escala). Las escalas legales condicionan y son condicionadas por diferentes redes de acciones. Redes que pueden ser según su ámbito: redes de acciones estratégicas o tácticas; y según la ética: redes de acciones instrumentales o edificantes. De esta forma, Boaventura considera que la legalidad de gran escala suscita y es suscitada por redes de acciones tácticas y edificantes; mientras que la legalidad de pequeña escala suscita y es suscitada por redes de acciones estratégicas e instrumentales. Esta concepción escalar del Derecho tiene tres implicaciones: (i) pone de presente el problema de la interlegalidad y su complejo funcionamiento; (ii) presenta las tensiones entre representación y orientación en el mapa jurídico; e (iii) identifica con cada escala del Derecho un nivel de regulación que permite definir lo que queda incluido y excluido del Derecho.

La proyección, por su parte, se concibe como el mecanismo por el cual las superficies curvas de la tierra son transformadas en superficies planas en los mapas. Para esto, en la elaboración de mapas se distorsionan formas y distancias. Estas distorsiones se dan mediante el uso de reglas conocidas y precisas. Ejemplo de ello son las “proyecciones conformes” que se caracterizan por representar adecuadamente las áreas y distorsionar los ángulos, las formas y las direcciones; y las “proyecciones equivalentes” que distorsionan las áreas y representan adecuadamente los ángulos, las formas y las direcciones. La proyección en la cartografía jurídica permite determinar el centro y la periferia de la producción jurídica en la sociedad.

Y, la simbolización se refiere a los símbolos gráficos usados para representar los elementos y características de la realidad espacial seleccionada en el mapa. El profesor Boaventura de Sousa Santos, recurriendo a aportes de la crítica literaria, distingue dos tipos ideales de simbolización jurídica de la realidad: el estilo homérico y el estilo bíblico. El estilo jurídico homérico, que genera una forma de juridicidad instrumental, lo identifica con dos características: “la conversión del flujo continuo de la acción social en una

sucesión de momentos discontinuos más o menos ritualizados” y “la descripción formal y abstracta de la acción social a través de señales convencionales, referenciales y cognoscitivistas”. Por su parte, el estilo jurídico bíblico, que genera una forma de juridicidad imagética, se caracteriza por la “preocupación en integrar las discontinuidades de la interacción social y jurídica en los contextos complejos en que ocurren y en describirlas en términos figurativos y concretos a través de señales icónicas, emotivas y expresivas”.

Segundo, el profesor William Twining expone algunas dificultades que se presentan frente a la posibilidad de elaborar mapas jurídicos comprensivos. En primer lugar, normalmente en los intentos que se han dado de representar el Derecho en mapas han partido de la representación de las fronteras nacionales. Esta forma de elaborar mapas omite detalles importantes de otras escalas espaciales del Derecho, como: el nivel global, el regional, el transnacional, el comunitario, y el local o sub-estatal. En segundo lugar, al mapear el Derecho usualmente se recurre a la figura de las familias legales o jurídicas que usualmente se construyen en referencia con el derecho civil y bajo la perspectiva de sistemas jurídicos que fungen como padres y otros como hijos; o en palabras del profesor Diego López Medina, como sitios de producción y como sitios de recepción³²¹ del Derecho. Para el profesor Twining, esta forma de abordar el derecho comparado es reduccionista. Y, en tercer lugar, los debates en relación con las familias jurídicas y legales, que sirven de base para la cartografía jurídica, no han tenido en cuenta que la taxonomía de las familias jurídicas deben tener “un propósito o propósitos claramente definidos; unidades claras de comparación; diferencias precisas y definidas e, idealmente, especies no superpuestas que lleguen a agotar el género”. Frente a este último punto, Twining considera que, por una parte, el propósito de este tipo de taxonomías y de las representaciones cartográficas debe ser introducir un buen contexto general del derecho; y, por otra parte, en cuanto a los niveles de comparación, se requiere diferenciar cada nivel y se debe salir de la postura predominante de tomar por nivel de comparación únicamente

³²¹ Se debe precisar que estas categorías empleadas por el profesor Diego López no se refieren a sistemas normativos o legales, sino a sitios de producción y recepción teórica. El objeto de estudio del profesor López Medina es la teoría jurídica transnacional y no los sistemas jurídicos como tal. Sin embargo, estos conceptos se pueden ampliar al uso más general del derecho comparado. López Medina, Diego Eduardo. *Teoría impura del Derecho. La transformación jurídica latinoamericana*. Bogotá D.C.: Legis, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, 2016, pp. 15-22.

el derecho nacional. Por último, el profesor Twining estima que una dificultad adicional en la cartografía jurídica es determinar si las unidades de comparación son sistemas, normas, culturas o tradiciones.

Con base en estas dificultades que se presentan en relación con la posibilidad de elaborar mapas jurídicos, Twining considera que hay algunas lecciones que se deben tener en cuenta: primero, si se considera que existen diferentes niveles en las relaciones jurídicas y en los ordenamientos jurídicos (pluralismo jurídico), los fenómenos del Derecho resultan probablemente muy complejos para ser representados en un mapa. Segundo, los mapas geográficos son un medio para describir relaciones principalmente espaciales, por eso, los mapas tienen una aplicación restringida para representar los fenómenos jurídicos. Tercero, pese a las dificultades y limitaciones de los mapas para representar el Derecho en el marco del pluralismo jurídico, existen por lo menos tres razones para la elaboración de mapas del Derecho de una forma seria. Primera razón, la elaboración de cartografías jurídicas permite presentar lo local en el contexto global. Esto permite abordar el Derecho de forma contextual y evita los problemas del provincialismo. Segunda razón, la cartografía jurídica permite al mismo tiempo la microcomprensión y la macrocomprensión de los fenómenos jurídicos; los mapas del Derecho permiten estudiar los sistemas jurídicos en el contexto mundial. Tercera razón, la cartografía jurídica sirve a los fines de la teoría del Derecho. Una de las tareas centrales de la teoría jurídica es construir un cuadro total y coherente del derecho, tarea que se ve facilitada por la labor cartográfica del derecho.

Tercero, la reflexión de Twining permite observar las relaciones que existen entre la cartografía jurídica y la teoría del Derecho. Para Twining, “los problemas de elaboración de mapas de derecho son esencialmente teórico-jurídicos”. Este se debe a que considera que la clave está en tener presente que los mapas geográficos presuponen la existencia de mapas mentales. Los mapas geográficos no son más que medios para representar conceptos y datos preexistentes. La teoría jurídica se encarga de elaborar de mapas mentales del Derecho. Las teorías jurídicas de Kelsen, Hart, Llewellyn y de Dworkin, considera el profesor Twining, son intentos por construir mapas mentales de los sistemas jurídicos nacionales; lo que se requiere ahora es elaborar mapas mentales de las demás escalas del Derecho. Además, los problemas asociados a los debates sobre las familias jurídicas son casi enteramente conceptuales. Es por esto que considera el profesor Twining que “se necesita avanzar de la elaboración de mapas geográficos a la de mapas mentales”.

Cuarto, en cuanto a las escalas espaciales del Derecho vemos que hay dos formas escalares distintas en Twining y Boaventura. Para Boaventura las escalas del Derecho son: lo local, lo nacional y lo mundial. Para Twining, las escalas del Derecho son: lo global (v.gr. protección del medio ambiente a nivel mundial), lo internacional (relaciones entre estados soberanos), lo regional (v.gr. la Unión Europea), lo transnacional (v.gr. el arbitramento transnacional, la nueva *lex mercatoria*, el derecho de internet, etc.), lo inter-comunal (v.gr. relaciones entre comunidades religiosas y entre comunidades étnicas, etc.), lo territorial-estatal (sistemas legales de los estados nacionales), lo sub-estatal (legislación local) y lo no-estatal (v.gr. derecho de los pueblos subalternos y ordenamientos jurídicos ilegales)³²².

La fijación de las escalas espaciales para abordar la cartografía del Derecho se puede dar de múltiples formas. Cualquiera de las formas que se escojan no implican en sí mismo que se elija una opción más objetiva que otra. Por el contrario, la escala espacial que usemos depende de los fines que persigamos; si buscamos que el mapa del Derecho brinde un alto grado de orientación o brinde un alto grado de representación. La escalas de Boaventura sirven mejor a la orientación, mientras que las escalas de Twining sirven más a la representación. En este trabajo me inclino más por las escalas espaciales de Twining por su grado de representación; sin embargo, quien investigue en el campo teórico del derecho procesal puede emplear cualquier escala, el único requisito, a parte de su utilidad analítica y empírica, es tener en cuenta la finalidad que se persigue con una cartografía jurídica (orientación o representación).

A pesar de mi afinidad con la descripción escalar del profesor Twining, considero que se deben hacer algunas variaciones a sus niveles espaciales del Derecho. Por una parte, en el contexto colombiano más que hablar de un nivel estatal y sub-estatal, es más ilustrativo hablar de un nivel estatal-nacional y un nivel estatal-descentralizado. Esto se debe a que los juristas en este contexto tendemos a estar más familiarizados con las nociones de

³²² Twining, William. *Derecho y globalización*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, 2005, pp. 165-166.

descentralización administrativa y territorial. Por otra parte, considero que se debe desagregar un poco lo que Twining denomina como la escala no-estatal. Esto se debe a que, en nuestro contexto, no son iguales las escalas no estatales que corresponden a los fenómenos paraestatales (del paramilitarismo), antiestatales (de las subversión armada) y de economías y mercados ilegales (del narcotráfico, principalmente); a las escalas no estatales que representan los fenómenos comunitarios locales. Es por esto que en el presente trabajo definiendo las siguientes escalas espaciales como instrumentos de orientación y representación en la construcción de una Teoría General del Proceso: (i) escala global; (ii) escala internacional; (iii) escala regional; (iv) escala transnacional; (v) escala inter-comunal; (vi) escala estatal-nacional; (vii) escala estatal-descentralizada; (viii) escala paraestatal, antiestatal y de economías ilegales; (ix) escala local.

Tabla 6-3: Escalas espaciales del Derecho.

Escalas del Derecho en Boaventura de Sousa Santos	Escalas del Derecho en William Twining	Propuesta
Mundial	Global	Global
	Internacional	Internacional
	Regional	Regional
	Transnacional	Transnacional
	Inter-comunal	Inter-comunal
Nacional	Territorial-estatal	Estatal-nacional
Local	Sub-estatal	Estatal descentralizado
	No-estatal	Paraestatal, antiestatal y de economías ilegales
		Local

Fuente: elaboración propia

Por último, en el marco de las escalas espaciales expuestas se presenta el fenómeno de la interlegalidad. El profesor Boaventura de Sousa Santos considera que la interlegalidad

es la expresión fenomenológica del pluralismo jurídico³²³. Esta expresión fenomenológica se concibe, en términos de André Hoekema, como el “proceso social de interpenetración de varios espacios legales en un mismo espacio geográfico”³²⁴. Es así que, un estudio cartográfico del derecho procesal requiere comprender la forma en cómo se yuxtaponen, coexisten, confrontan, y dialogan entre sí los distintos campos y sistemas jurídicos en relación con los mecanismos de justiciabilidad y resolución de conflictos.

6.7 Retomando el objeto de estudio de la TGP y el pluralismo jurídico

En la sección 5.3 de este trabajo, se hicieron dos precisiones (una conceptual y una ontológica), y dentro de la precisión conceptual nos cuestionamos sobre si ¿la TGP de hecho se ocupa, o debería ocuparse, del proceso judicial, del derecho procesal, de la jurisdicción, o de la resolución de conflictos? Sobre el particular, cabe presentar una relación sistemática entre estas posibilidades y la incidencia del pluralismo jurídico reseñado con anterioridad.

Posibilidad 1: considerar que el objeto de estudio es, o debería ser, el proceso judicial. De acuerdo con este objeto privilegiado de estudio el énfasis se pone en la práctica procesal. En cómo los sujetos intervienen efectivamente en los procesos. Sin embargo, este objeto de estudio plantea un reto conceptual previo: ¿qué entendemos por proceso judicial? Desde una definición lexicográfica o informativa, se constata que prácticamente todas las definiciones de la literatura procesal definen al proceso por tres criterios: uno orgánico (el tercero imparcial revestido de función jurisdiccional que resuelve el problema), uno formal (el procedimiento entendido como una serie o sucesión de actos), y uno funcional (que responde a la pregunta por cuál es la función del proceso: resolver conflictos, hacer efectivo el derecho objetivo, hacer efectivos los derechos subjetivos, resolver pretensiones, resolver litigios, etc.).

³²³ De Sousa Santos, Boaventura. Op. Cit., p. 30.

³²⁴ Hoekema, André J. Op. Cít, p. 425.

El problema que se presente respecto del pluralismo jurídico es que (i) usualmente el criterio orgánico define el proceso en atención a que el tercero imparcial representa al Estado y su función jurisdiccional; y (ii) cuándo se plantea la discusión de la función del proceso, algunas tesis restringen, de forma directa o indirecta, el ámbito del proceso a la órbita del derecho positivo: la efectividad del derecho objetivo, de los derechos subjetivos y la resolución de pretensiones (formuladas con los requisitos formales que establece el derecho positivo del Estado en materia de requisitos de la demanda). Por esta razón, si el objeto central de estudio de la TGP es el proceso judicial, entonces hay una difícil cabida de concepciones de pluralismo jurídico en la materia.

Posibilidad 2: considerar que el objeto de estudio es, o debería ser, el derecho procesal. De acuerdo con este objeto privilegiado de estudio el énfasis se pone en la dimensión normativa. Esto se debe a que usualmente se tiende a definir el derecho procesal como el sistema o conjunto de normas que regulan el proceso³²⁵. En este sentido, se presentan dos tipos de problemas de cara a una aproximación al pluralismo jurídico. El primer tipo de problemas se deben a que si el derecho procesal es el conjunto de normas que regulan el proceso judicial, al derecho procesal se le presentan los mismos problemas descritos en la posibilidad 1 sobre la definición del proceso. El criterio orgánico y funcional tienden a atar el proceso judicial al Estado y a su función jurisdiccional, por lo que parece más fácil abordar el derecho procesal desde el centralismo legal y no desde el pluralismo jurídico. Y el segundo tipo de problemas se origina en la pregunta: ¿cuál es la fuente normativa del derecho procesal? Ya que la práctica convencional de los procesalistas tiende a identificar las fuentes del derecho procesal en las fuentes del derecho en general, en particular en fuentes internacionales, constitucionales, legales, etc. En últimas, en fuentes que directa o indirectamente (como en las fuentes internacionales) provienen del Estado. Esto también genera dificultades para abordar la TGP desde el pluralismo jurídico.

Cabe resaltar que cuando se afirma que el objeto de estudio de la TGP es el derecho procesal, y se pretende abordar su estudio desde el pluralismo jurídico, es que cobra

³²⁵ Devis Echandía, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría General del Proceso*. Decimoquinta edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis y Pontificia Universidad Javeriana, 2012, p. 5.

sentido el brindar un concepto de derecho más amplio que de cabida a este pluralismo (concepto de derecho explorado en la sección 6.5 de este trabajo).

Posibilidad 3: considerar que el objeto de estudio es, o debería ser, la jurisdicción. De acuerdo con este objeto privilegiado de estudio el énfasis se pone en la dimensión estatal de la administración de justicia. Recordemos que tal como se expuso en la sección 3.2 de este trabajo, para el profesor Montero Aroca después de la fase del derecho procesal se debe abrir paso la fase del derecho jurisdiccional, donde lo central no es el estudio del proceso en sí mismo considerado, sino el ejercicio de la jurisdicción³²⁶.

El problema que suscita este objeto de estudio privilegiado, de cara a una TGP que de cuenta del pluralismo jurídico, es que por regla general en el campo del derecho procesal la definición de la jurisdicción va íntimamente ligada a la de Estado-nación. Una muestra sencilla de ello es la definición que nos brinda el profesor Devis Echandía: “por jurisdicción se entiende la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial”³²⁷. De esta manera, el estudio de la TGP estaría nuevamente más conectado con el centralismo legal que con el pluralismo jurídico.

Posibilidad 4: considerar que el objeto de estudio son, o deberían ser, los métodos de resolución de conflictos. De acuerdo con este objeto privilegiado de estudio el énfasis se pone en la dimensión social de la convivencia pacífica. Esta posibilidad, a su vez, puede comprender dos variaciones: la primera es sostener que el objeto de estudio de la TGP son, o deberían ser, todos los métodos de resolución de conflictos (que de una u otra manera, pueden ser clasificados dentro de la tipología tradicional de la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición). La segunda consistiría en sostener que el objeto de estudio de la TGP son, o deberían ser, solamente los métodos heterocompositivos de resolución de conflictos (es decir, donde un tercero imparcial resuelve el conflicto).

³²⁶ Montero Aroca, Juan. *Evolución y futuro del derecho procesal*. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 1984.

³²⁷ Devis Echandía, Hernando. Op. Cit., p. 66.

Sobre esta posibilidad en general cabe decir lo siguiente: primero, esta posibilidad permite de forma más sencilla articular la TGP y el pluralismo social y jurídico. Segundo, esta posibilidad no requiere necesariamente de una redefinición de los conceptos de Derecho y de derecho procesal a los efectos de incluir un enfoque pluralista en el estudio de la TGP. Tercero, esta posibilidad no implica redefinir ni el derecho procesal ni la jurisdicción. La TGP seguiría estudiando el proceso judicial, el derecho procesal, y el ejercicio de la función jurisdiccional en los términos en los que lo ha venido haciendo, pero poniendo ampliando su objeto de estudio a otros métodos de resolución de conflictos (incluyendo los no estatales). Cuarto, el estudio de los diferentes métodos de resolución de conflictos se puede enmarcar dentro de las escalas especiales descritas en la sección 6.6 de este trabajo (escalas global; internacional; regional; transnacional; inter-comunal; estatal-nacional; estatal descentralizada; paraestatal, antiestatal y de economías ilegales; local). Quinto, esta ampliación del objeto de estudio necesariamente debe ir acompañado de un acercamiento interdisciplinar en relación con las ciencias sociales encargadas del estudio de los conflictos y de lo que suele denominar como “teorías del conflicto”.

Ahora bien, sobre la primera variación (el objeto de estudio son todos los métodos de resolución de conflictos) se debe tener en cuenta lo siguiente: primero, esta opción genera un aumento exponencial de la extensión de la TGP, lo que puede implicar dificultades prácticas a la hora de formular una auténtica teoría general en estos términos. Y, segundo, esta opción debe tener siempre presente sus límites disciplinares. Saber que en lo que se refiere a la explicación y comprensión de la dinámica de los conflictos y su resolución, tienen un papel predominante otras tradiciones no jurídicas sino de las ciencias sociales. Se debe evitar a toda costa el “imperialismo procesal”, es decir, que los teóricos del derecho procesal se quieran apropiarse del campo de estudio propio de otras disciplinas. De allí que el estudio procesal de los métodos de resolución de conflictos debe concentrarse principalmente en la forma y estructura de estos métodos. La prevención ante el imperialismo procesalista se puede observar en autores que desde la conciliación y mediación ponen el énfasis en que la conciliación y la mediación no son justicia (no tiene que ver con la administración de justicia), no son alternativas a la justicia y provienen de tradiciones diferentes que las ubican entre los campos disciplinares de la psicología, la

lingüística, y la teoría sociológica de los conflictos; y no en el campo disciplinar del Derecho³²⁸.

Por su parte, en lo que se refiere a la segunda variación (el objeto de estudio son solamente los métodos heterocompositivos de resolución de conflictos) se debe tener en cuenta lo siguiente: primero, si bien genera una ampliación de la extensión del objeto de estudio de la TGP, este no es tan grande como en la primera variación, ya que el objeto se ceñiría a los métodos en que un tercero imparcial resuelve el conflicto. Segundo, es más factible que no se presenten problemas de invasión disciplinares que desemboquen en el “imperialismo procesal”. Tercero, permite comprender la legitimidad de las decisiones de terceros más allá del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Cuarto, sin embargo, deja de estudiar sistemáticamente otros métodos de resolución de conflictos que se intersectan con el proceso judicial y con los otros procesos heterocompositivos (ej: la conciliación puede poner fin a un proceso judicial, sin que necesariamente se trata en sentido estricto de un método heterocompositivo).

Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, en este trabajo sostendré la posibilidad 4, es decir, que estimo que el objeto de la TGP debe ser en general el ámbito de los métodos de resolución de conflictos, ya que permite abordar su estudio en distintas escalas espaciales, reconociendo el pluralismo social (y en buena medida jurídico), pero sin ceder a compromisos fuerte en la redefinición de un concepto de derecho que de cuenta de dicho pluralismo. Por otra parte, en lo que se refiere a las dos variaciones de esta posibilidad, pese a los eventuales riesgos de la nueva extensión y del “imperialismo procesal”, estimo que una TGP sistemática e integrador debe dar cuenta de las interrelaciones y diferencias entre cada uno de los métodos de resolución de conflictos (por lo que asumo la variación 1), sin pretender explicar y comprenderlos de forma autorreferente, para eso se debe acudir a las disciplinas especializadas de las ciencias sociales que estudian el conflicto y sus métodos de resolución.

³²⁸ Peña Sandoval, Harbey. *Conciliación y mediación narrativa. Teoría, práctica y reflexión*. Bogotá D.C.: Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 67-120.

7. Las dimensiones teóricas para una TGP renovada

Como se expuso en la sección 2.5, se puede considerar que la teoría jurídica cuenta con tres dimensiones: una dimensión analítica, una dimensión empírica y una dimensión normativa. Como se estudió en la sección 3, la TGP se puede concebir como una especie del género teoría jurídica o del derecho. Como lo estudiamos en la sección 3.5, la Teoría General del Proceso predominante en Colombia se puede adscribir a una tradición analítica de la teoría jurídica, que hereda su objeto y metodología de estudio de la teoría procesal alemana de la segunda mitad del siglo XIX y que se nutre de la escuela de la jurisprudencia de conceptos y de la pandectística alemana. De acuerdo con esta descripción, tal como se puso de presente en la sección 3.4, la TGP predominante en Colombia hace parte de una forma de hacer teoría procesal que denominamos conceptualista y que se centra en la dimensión analítica de la teoría del Derecho. Esta forma de realizar teoría procesal presenta una serie de problemas internos (de coherencia teórica) y externos (como especie de teoría jurídica). Dentro de los problemas externos que se le presentan a este tipo de teoría conceptualista se encuentran dos muy importantes: la comprensión del proceso y derecho procesal en el espacio (en el marco del pluralismo jurídico y de la interlegalidad) y el abordaje teórico del proceso y del derecho procesal desde dimensiones no solamente conceptuales (empíricas y normativas).

Es por esto que, en esta sección estudiaremos cómo abordar la teoría procesal desde las tres dimensiones: analítica, empírica y normativa.

7.1 Dimensión analítica de la TGP

La dimensión analítica de la teoría jurídica se centra en el análisis del discurso jurídico y la reflexión teórica en torno a los conceptos que permiten explicar, de la mejor forma posible,

los distintos campos y sistemas jurídicos. Como se advirtió en la sección 3.4, la TGP predominante en Colombia es una teoría conceptualista que se centra en el estudio de las principales categorías procesales, especialmente asociadas a la trilogía estructural: acción, jurisdicción y proceso. Pese a que esta forma de teoría procesal es conceptualista y se centra en la dimensión analítica de la teoría jurídica, se debe complementar la dimensión analítica característica de la Teoría General del Proceso predominante en Colombia desde dos frentes: por una parte, desde un frente espacial y, por otra parte, desde un frente disciplinar.

Desde el frente espacial, el estudio analítico del Derecho requiere abordar los problemas conceptuales que permitan describir, entender y comprender los distintos campos y sistemas jurídicos que surgen de diferentes espacios-temporales y que se ubican en determinadas escalas espaciales. En este contexto, la TGP predominante en Colombia se ha centrado exclusivamente en la escala espacial del Estado-nación. Ni siquiera se ha profundizado en los conceptos que permitirían elaborar una teoría general que abarque los procesos a nivel internacional. Cuando se recurre al derecho internacional se hace para explicar garantías y derechos procesales fundamentales como el debido proceso y el acceso a la justicia, o para identificar los principios y reglas técnicas que deben guiar los procesos nacionales, pero no se intenta construir una teoría sobre los procesos en sede de jurisdicciones internacionales. Es por esto que se requiere abordar analíticamente cada uno de los distintos campos o sistemas jurídicos. La clarificación conceptual y del lenguaje es necesaria en la elaboración de cualquier ejercicio teórico³²⁹.

Es por esto que, en ese primer sentido, la TGP desde un punto de vista analítico debe construir y reconstruir un aparato conceptual que brinde conceptos claros y distintos que permitan comprender los diversos métodos de resolución de conflictos tal como se dan en la práctica en diversas escalas espaciales.

Desde el frente disciplinar, la TGP predominante en Colombia tiende a hacer una reconstrucción dogmática de los principales conceptos y categorías procesales; sin

³²⁹ Twining, William. Op. Cit., p. 134.

embargo, no es claro cómo se estudian esos problemas conceptuales. La teoría procesal requiere reflexionar sobre su propia forma de hacer teoría. En particular, porque a pesar de ser una teoría conceptualista no recurre de forma clara y directa al uso de las metodologías de investigación que utilizan las teorías jurídicas analíticas.

En particular, con base en lo expuesto en la sección 2.6 de este trabajo, considero que la TGP desde su dimensión analítica debe (i) inspirarse y apoyarse en la tradición analítica de la filosofía, tanto del neopositivismo (o neoempirismo lógico) y de la filosofía del lenguaje; (ii) analizar los principales discursos que se presentan en relación con los métodos de resolución de conflictos en las diversas escalas espaciales; (iii) hacer un uso sistemático de las distinciones entre enunciados en función descriptiva y en función prescriptiva, entre enunciados empíricos y analíticos, entre definiciones lexicales y estipulativas, entre discursos relativos al mundo o a otros discursos, entre metalenguaje y lenguajes-objeto, entre expresiones dotadas de un significado emotivo y expresiones emotivamente neutras, entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, y entre la explicación y la justificación; (iv) estar guiada por los principios de desconfianza metódica, de conversión de problemas ontológicos en problemas conceptuales, y de exhaustividad conceptual (ese decir, que se debe crear un conjunto de conceptos claros y distintos que permitan dar cuenta de todos los aspectos relevantes para explicar y describir parte de los métodos de resolución de conflictos que se presentan en diversas escalas espaciales); y (v) tratándose del estudio del derecho procesal en la escala del Estado-nación y en la escala internacional estudiar el Derecho como lenguaje, las normas como enunciados prescriptivos, la ciencia jurídica (o dogmática jurídica) como metalenguaje cuyo lenguaje objeto es el derecho positivo, y la teoría y filosofía del Derecho como metalenguajes cuyos lenguajes objeto son la ciencia jurídica y el derecho positivo.

7.2 Dimensión normativa de la TGP

Tal como se expuso en la sección 2.4 de este trabajo, en el campo de la teoría del Derecho existen disputas en relación con este tema. Algunos teóricos consideran que la teoría del derecho debe ser eminentemente descriptiva y, por tanto, no debería contener una dimensión normativa, es decir, enunciados ni prescriptivos ni valorativos (ej: Kelsen y Guastini). Pero también están aquellos teóricos que consideran que no se puede describir el derecho de forma objetiva, por su contenido normativo y ser una especie del género

“razón práctica”, sin incurrir en valoraciones o prescripciones; por lo que toda teoría del derecho debe combinar de una forma sistemática y coherente enunciados descriptivos (cómo es el derecho en la realidad), enunciados valorativos (es justo o injusto el derecho, es correcto o incorrecto, etc.) y enunciados prescriptivos (cómo debe ser el derecho). En este punto, se señaló en su momento que la idea central es que la TGP sea una teoría del derecho mixta sistemática, es decir, que combine enunciados en función descriptiva como en función práctica, pero que lo haga señalando de forma expresa cuando se está describiendo y cuándo se está prescribiendo y valorando.

En este contexto se deben explorar las posibilidades de la dimensión normativa de la TGP. En otras palabras, se deben abordar las posibilidades de una reflexión normativa sobre las posibilidades normativas de diversos modelos de justicia y de resolución de conflictos. Sobre el particular, se deben tener en cuenta consideraciones: (i) sobre las posibilidades generales de una dimensión normativa de la TGP; (ii) sobre los presupuestos meta-éticos de una dimensión normativa de la TGP; y (iii) el contenido y metodologías de estudio de la dimensión normativa de la TGP.

7.2.1 Posibilidades teóricas de una dimensión normativa de la TGP

Cuándo se habla de una dimensión normativa de la TGP hacemos referencia a que la teoría procesal responda a dos preguntas: una valorativa y otra prescriptiva. La primera pregunta es: ¿cómo valorar un modelo procesal, de administración de justicia o de resolución de conflictos? La segunda es: ¿cómo deberían ser los modelos procesales, de administración de justicia y de resolución de conflictos?

Ambas dimensiones (la valorativa y la prescriptiva) se encuentran estrechamente ligadas. La discusión en torno a estas dos dimensiones se debe a que, por una parte, se encuentran quienes consideran que no se pueden fundamentar las elecciones últimas en materia del razonamiento práctico (valorativo y prescriptivo), y que, por tanto, la racionalidad en materia práctica solamente se puede dar en relación con la adecuación de medios a fin, sin que se puedan justificar en última instancia estos fines (racionalidad instrumental). Pero también están quienes sostienen lo opuesto, es decir, que los fines (y en especial los fines últimos) se pueden justificar racionalmente (racionalidad sustancial).

Ahora bien, el derecho procesal tradicionalmente ha sido identificado como un derecho adjetivo o instrumental, lo que quiere decir de forma sencilla que los procesos y el derecho procesal no son un fin en sí mismos. Son un instrumento para conseguir determinados fines (resolver conflictos, aplicar el derecho objetivo ante su incumplimiento, hacer efectivos los derechos subjetivos ante su vulneración, resolver pretensiones, resolver litigios, hacer efectiva la política criminal del Estado, etc.). La discusión normativa o práctica de la TGP (valorativa y prescriptiva) debe partir de ambas aristas del problema: la discusión de los fines y la discusión de los medios.

Como hemos mencionado, tratándose de la discusión de los fines existen dos posibilidades: (i) considerar que es posible justificar racionalmente la elección de estos fines; o (ii) que no es posible justificar racionalmente la elección de estos fines, y que, por consiguiente, la elección de los fines no es más que una elección contingente e histórica dentro del marco de una determinada cultura en general, y de una determinada cultura jurídica y procesal en particular.

La primera opción, esto es, considerar que se puede justificar racionalmente la elección de estos fines, parte de un presupuesto meta-ético: el objetivismo moral. De acuerdo con esta postura, la moral es objetiva (independiente de los sujetos). En consecuencia, la respuesta a las dos preguntas formuladas sería del siguiente tipo: (i) se deben valorar los modelos procesales, de administración de justicia o de resolución de conflictos en términos de su justicia, corrección o bondad (considerando que la justicia, corrección y bondad dependen de criterios objetivos); y (ii) los modelos procesales, de administración de justicia y de resolución de conflictos deberían ser justos, correctos o buenos (de acuerdo con criterios morales objetivos).

La segunda opción lo que nos diría es que los fines y valores que protegen los distintos modelos procesales, de administración de justicia y de resolución de conflictos son contextuales. En algunos casos los procesos judiciales (y los métodos heterocompositivos en general) tienen por finalidad la reconstrucción de la verdad, la aplicación del derecho objetivo, la aplicación de una sanción, el respeto de la autonomía de las partes, la protección de intereses públicos, entre otros. Pero se debe decir dos cosas al respecto, por una parte, no siempre los valores y fines son los mismos, y, por otra, puede que en un

mismo contexto se persigan diversos fines que entran en tensión entre sí y que se contradicen. Un ejemplo sencillo de esto último se ve reflejado en el proceso penal, donde se tienen por fines al mismo tiempo aplicar la pena ante la comisión de una conducta punible y garantizar los derechos y la libertad del acusado, fines que no pocas veces entran en tensión entre sí.

Estas dos opciones presentadas deben complementarse a su turno con dos puntos de vista adicionales: lo que Hart denominó el punto de vista interno (del participante y aceptante de la práctica) y el punto de vista externo (del observador y no aceptante de las reglas de la práctica)³³⁰. En este sentido se puede abordar la dimensión normativa de la TGP desde el punto de vista interno: esto es, con la pretensión de brindar herramientas teóricas a tener en cuenta por parte de los juristas prácticos en la práctica jurídica y especialmente procesal. Dentro de esta dimensión normativa interna cobran especial relevancia aspectos como la interpretación y argumentación jurídica en el campo procesal, así como las teorías normativas sobre las principales garantías procesales. En otras palabras, la dimensión normativa interna persigue ajustar el derecho a criterios de justicia, de corrección, de bondad, de eficiencia o de eficacia internamente desde la práctica procesal misma.

La dimensión normativa de la TGP también puede ser abordada desde un punto de vista externo, esto es, como una crítica externa del derecho tal cual es. En este caso se persigue criticar (valorar) los modelos procesales, de administración de justicia y de resolución de conflictos de acuerdo con criterios de justicia, de corrección, de bondad, de eficiencia o de eficacia tal como se dan en la realidad; para proponer modificarlos externamente, en parte o en todo, por ejemplo, a través de reformas legislativas.

En síntesis, las opciones de la dimensión normativa de la TGP se pueden sintetizar en la siguiente tipología:

³³⁰ «[E]s posible ocuparse de las reglas como un mero observador que no las acepta, o como un miembro del grupo que las acepta y que las usa como guías de conducta. Podemos llamar a estos puntos de vista, el “punto de vista externo” y el “interno”, respectivamente». Hart, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. 3a ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, pp.110-111.

Tabla 7-1: Tipologías de la dimensión normativa de la TGP según el tipo de racionalidad y punto de vista del teórico.

	Punto de vista interno	Punto de vista externo
Racionalidad sustancial (racionalidad de los fines)	Adecuación interna desde la práctica procesal de los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos a criterios de justicia, de corrección o de bondad.	Crítica externa y propuesta de transformación de los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos realmente existentes con base en criterios de justicia, de corrección o de bondad.
Racionalidad instrumental (racionalidad de los medios)	Adecuación interna desde la práctica procesal de los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos a criterios de eficiencia y eficacia.	Crítica externa y propuesta de transformación de los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos realmente existentes con base en criterios de eficiencia y eficacia.

Fuente: elaboración propia

A continuación se estudiarán los presupuestos meta-éticos de esta dimensión normativa de la TGP.

7.2.2 Presupuestos meta-éticos de la dimensión normativa de la TGP

De una u otra forma, la defensa de la dimensión normativa de la TGP supone asumir una determinada postura meta-ética. De esto depende que se puede hablar de una racionalidad sustancial en materia procesal. De la postura meta-ética depende que se sostenga que una TGP pueda, y deba, concentrarse tanto en la racionalidad sustancial como en la instrumental, tanto desde el punto de vista interno como externo; o bien, que solamente deba concentrarse en la racionalidad instrumental (de adecuación de medios a fines), desde el punto de vista interno y externo.

Para ver las posibilidades que existen en el campo de la meta-ética la exposición se dividirá en tres partes. En primer lugar se expondrá el concepto y objeto de estudio de la meta-ética. En segundo lugar, se presentarán las principales posturas meta-éticas. Y, por último

se retomará el estudio de la dimensión normativa de la TGP y sus conexiones con los presupuestos meta-éticos.

7.2.2.1. La meta-ética: concepto y objeto de estudio

La denominación de meta-ética encuentra dos fundamentos: uno lingüístico y otro metafísico. El lingüístico se refiere a que la meta-ética se trata de un metalenguaje cuyo lenguaje objeto es la ética-normativa (la ética que propone modelos de conducta e institucionales). El metafísico, en cambio, considera que la meta-ética es el estudio de los problemas metafísicos de la ética-normativa en general.

Es así como se puede considerar que existen dos grandes campos de estudio de la meta-ética: por una parte, la meta-ética se ocupa de clarificar los problemas conceptuales de la ética; y, por otra, la meta-ética se encarga del estudio de los problemas metafísicos (¿existen los valores o hechos morales, y qué tipo de existencia tienen?) y ontológicos (¿qué son los valores y hechos morales?) de la ética.

7.2.2.2. Principales posturas meta-éticas

En lo que concierne a los problemas metafísicos y ontológicos de la meta-ética se puede aplicar lo dicho en la sección 5.2.1 de este trabajo, es decir, que respecto de la realidad moral existen tres posibles respuestas: el realismo moral, el constructivismo moral y el antirrealismo moral. Sin embargo, para hacer una reconstrucción más fiel de los debates contemporáneos de la disciplina, partiré de la distinción más general entre objetivismo moral y subjetivismo moral. Y para explicar las distintas posturas entre estas concepciones acudiré a las distinciones trazadas por el profesor Pierluigi Chiassoni.

En general se puede considerar que existen dos grandes posturas en meta-ética: el objetivismo moral y el subjetivismo moral. Tal como sus nombres lo indican, el objetivismo considera que la moral es objetiva (independiente a los sujetos); mientras que el subjetivismo estima que la moral es subjetiva, o inter subjetiva, pero que en todo caso no es objetiva (es dependiente de los sujetos).

Sin embargo, dentro de estas corrientes existen algunas distinciones relevantes. Para comprender estas distinciones se deben tener en cuenta por lo menos cinco dimensiones del objetivismo moral:

1. **Objetivismo ontológico:** sostiene que existen en la realidad valores, normas y/o propiedades morales objetivas (este objetivismo caracteriza al realismo moral)³³¹.

2. **Objetivismo epistemológico:** sostiene que los valores, normas y/o propiedades morales se pueden conocer objetivamente. Dentro este objetivismo, a su vez, existen diferentes variantes³³²:

a. **Objetivismo epistemológico intuicionista:** considera que los valores, normas y/o propiedades morales se conocen de forma espontánea a través de las intuiciones morales³³³.

b. **Objetivismo epistemológico racionalista:** considera que los valores, normas y/o propiedades morales se conocen por medio de procedimientos heurísticos racionales aceptables por cualquier agente racional. Esto implica que el agente racional debe tomar distancia a la hora de emitir juicios morales (ej: Thomas Nagel)³³⁴.

c. **Objetivismo epistemológico constructivista:** considera que los valores, normas y/o propiedades morales son objetivos si, y solo si, estos fuesen aceptados por los participantes racionales en condiciones ideales (ej: Rawls, Habermas, Alexy, Atienza)³³⁵.

³³¹ Chiassoni, Pierluigi. "Tres ejercicios para una crítica del objetivismo moral. Con una premisa sobre la Grundphilosophie". En: *El realismo jurídico genovés*. Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 147-185, pp. 155-156.

³³² *Ibid*, pp. 156-159.

³³³ *Ibid*, pp. 156-157.

³³⁴ *Ibid*, p. 157.

³³⁵ *Ibid*, pp. 157-158.

- d. **Objetivismo epistemológico empirista:** los valores, normas y/o propiedades morales se pueden conocer objetivamente mediante un conocimiento empírico y avalorativo, cuyo claro ejemplo es el conocimiento sociológico de la moral social (ej: Max Weber)³³⁶.
3. **Objetivismo semántico:** sostiene que las afirmaciones sobre valores, normas y/o propiedades morales pueden ser verdaderas o falsas³³⁷.
4. **Objetivismo deontológico:** sostiene que la moral es una práctica de valores, normas y/o propiedades morales que deben guiar la conducta humana con una pretensión de universalidad³³⁸.
5. **Objetivismo metodológico:** sostiene que la objetividad de la moral es una cuestión de método de argumentación y de justificación³³⁹.

A partir de la combinación de estas dimensiones del objetivismo moral, el profesor Chiassoni construye la siguiente tipología de objetivismos morales:

1. **Objetivismo radical intuicionista:** combina el objetivismo ontológico, el objetivismo epistemológico intuicionista y el objetivismo semántico³⁴⁰.
2. **Objetivismo radical racionalista:** combina el objetivismo ontológico, el objetivismo epistemológico racionalista y el objetivismo semántico³⁴¹.

³³⁶ *Ibid*, 158-159.

³³⁷ *Ibid*.

³³⁸ *Ibid*, p. 160.

³³⁹ *Ibid*, p. 161.

³⁴⁰ *Ibid*, p. 162.

³⁴¹ *Ibid*, p. 163.

3. Objetivismo temperado constructivista: combina el subjetivismo o agnosticismo ontológico, el objetivismo epistemológico constructivista, el objetivismo semántico constructivista y el objetivismo deontológico³⁴².

4. Objetivismo temperado empirista: combina el subjetivismo ontológico, el objetivismo epistemológico empirista, el no objetivismo semántico, el objetivismo metodológico y el objetivismo deontológico³⁴³.

De acuerdo con esta tipología se deben distinguir los objetivismos morales radicales que se identifican con el realismo moral (objetivismo ontológico) de los objetivismo morales temperados (subjetivistas o agnósticos ontológicos) que también pueden ser denominados en su variante constructivista con el calificativo de “objetivismo moral mínimo”, en palabras del profesor Atienza.

Adicionalmente, los tres primeros objetivismos (radical intuicionista, radical racionalista y temperado constructivista) sostienen que es posible distinguir la “moral crítica” o “ideal” (la moral objetiva) de la “moral social” o “positiva” (la moral socialmente compartida en un determinado contexto social).

Por su parte, el subjetivismo meta-ético (que considera que la moral es dependiente de los sujetos) no cree en la existencia de una “moral crítica” o “ideal”. Ahora bien, dentro del subjetivismo existen dos tipos de corrientes: descriptivistas (como la “error theory”) y no descriptivistas (como el emotivismo, el expresivismo, optativismo, o el relativismo moral). Las corrientes descriptivistas, como la “error theory” (inspirada en trabajos de Bertrand Russell, pero conocida por la obra de John Leslie Mackie³⁴⁴), sostienen que los juicios morales representan enunciados descriptivos, pero que siempre son falsos por carecer del supuesto del predicado (del referente). Un ejemplo de Russell: el enunciado “el actual Rey de Francia es calvo” es una oración denotativa sin referente³⁴⁵. Al no existir actualmente

³⁴² *Ibíd.*

³⁴³ *Ibíd.*, p. 164.

³⁴⁴ Mackie, John Leslie. *Ethics. Inventing right and wrong*. Inglaterra: Penguin Books, 1990.

³⁴⁵ Russell, Bertrand. “On Denoting”. En: *Mind, New Series*, Vol. 14, No. 56, Oxford University Press on Behalf of the Mind Association, 1905, pp. 479-493. Disponible en: [https://www.uvm.edu/~lidosse/courses/lang/Russell\(1905\).pdf](https://www.uvm.edu/~lidosse/courses/lang/Russell(1905).pdf)

un Rey de Francia, es falso tanto afirmar que es calvo como afirmar que no lo es. No se trata de un silogismo disyuntivo, al que se le puede aplicar el principio de tercero excluido, del tipo: “el rey de Francia es calvo o no lo es”. Si fuera falso que es calvo, entonces necesariamente sería verdadero que no es calvo. Pero este no es el caso, al carecer el predicado de referente (al no existir actualmente Rey de Francia), entonces resultan falsas ambas afirmaciones (que es calvo o que no lo es). Esto es lo que la “error theory” predica respecto de los enunciados morales: los enunciados morales son descriptivos, pero en cuanto tales carecen de referente (aquí se expresa el antirrealismo moral de esta postura), por lo que necesariamente siempre son falsos.

En cambio, las posturas emotivistas, expresivistas, optativistas o relativistas en meta-ética lo que consideran es que si bien los enunciados morales en ocasiones se expresan de forma descriptiva: “X es justo”, en realidad no son enunciados de este tipo. Son enunciados expresivos o prescriptivos que expresan preferencias sobre las actitudes y acciones de los otros. Son enunciados del tipo: “prefiero X”, “desearía que todos realizarán X”, etc. Este segundo tipo de enfoques subjetivistas no son descriptivistas. Los enunciados morales en este sentido no son ni verdaderos ni falsos. Solamente los enunciados descriptivos lo pueden ser.

En síntesis, en el campo del subjetivismo meta-ético (quienes consideran que los valores, normas y/o propiedades morales no son independientes de los sujetos) existen, por lo menos, dos tipos de corrientes: los descriptivistas, como los partidarios de la “error theory”, para quienes los enunciados morales son descriptivos, pero siempre falsos; y los emotivistas, expresivistas, optativistas o relativistas, para quienes los enunciados morales no son descriptivos, por tanto no son ni verdaderos ni falsos, sino que, por el contrario, se tratan de enunciados que expresan deseos o preferencias.

En este contexto, obviando al objetivismo empirista que afirma la posibilidad de conocer objetivamente la moral social (a través de la sociología y las ciencias sociales), es clave constatar que existen ocho posibilidades:

1. TGP normativa sustancial objetivista: elaborar una TGP con una dimensión normativa basada en la racionalidad sustancial, sin ocuparse de la racionalidad

instrumental, y que parta de un presupuesto objetivista en meta-ética (realista o constructivista). Por lo que el teórico procesal afirmará que su propuesta normativa se encuentra acorde con la moral objetiva (verdadera, racional o justificada).

2. TGP normativa sustancial subjetivista: elaborar una TGP con una dimensión normativa basada en la racionalidad sustancial, sin ocuparse de la racionalidad instrumental, y que parta de un presupuesto subjetivista en meta-ética (descriptivista o no descriptivista). En este evento el teórico procesal presentará propuestas normativas sustanciales, pero afirmando, directa o indirectamente, que se trata de preferencias personales no objetivas. Algunos desde el objetivismo meta-ético considerarán que esta opción es contradictoria. Sería tanto como afirmar lo siguiente: los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos deben ser de esta forma (la que propone el teórico) para ser justos, pero toda afirmación sobre la justicia es falsa (“error theory”) o expresa una preferencia personal no objetiva (“emotivistas”, “expresivistas”, “optativistas”, “relativistas”). No es este trabajo el espacio para discutir si efectivamente aquí existiría una contradicción para los subjetivistas en meta-ética.

3. TGP normativa sustancial e instrumental objetivista: elaborar una TGP con una dimensión normativa basada en la racionalidad sustancial y en la racionalidad instrumental al mismo tiempo, y que parta de un presupuesto objetivista en meta-ética (realista o constructivista). En este caso el teórico procesal afirmará que su propuesta normativa sustancial se encuentra acorde con la moral objetiva (verdadera, racional o justificada), y que la propuesta normativa instrumental se justifica en la medida en que propone el mejor, o los mejores, modelos procesales, de justicia o de resolución de conflictos que permitan garantizar los fines sustanciales de estos.

4. TGP normativa sustancial e instrumental subjetivista: elaborar una TGP con una dimensión normativa basada en la racionalidad sustancial y en la racionalidad instrumental al mismo tiempo, y que parta de un presupuesto subjetivista en meta-ética (descriptivista o no descriptivista). En este evento el teórico procesal presentará propuestas normativas sustanciales, pero afirmando, directa o indirectamente, que se trata de preferencias personales no objetivas; a la par que plantea propuestas normativas instrumentales que garanticen que los modelos procesales, de justicia y de resolución de

conflictos se adecuen a sus propuestas normativas sustanciales. A esta postura también es factible que los teóricos objetivistas en meta-ética les critiquen que es contradictoria.

5. TGP normativa instrumental objetivista: elaborar una TGP con una dimensión normativa basada en la racionalidad instrumental, sin ocuparse de la racionalidad sustancial, y que parta de un presupuesto objetivista en meta-ética (realista o constructivista). En la práctica es poco probable que este tipo de teorías se den; sin embargo, por hipótesis, es posible que un teórico procesal elabore propuestas teóricas de cómo deberían ser los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos para ser eficaces y eficientes, pero sin comprometerse fuertemente en temas sustanciales, aunque tenga profundas creencias en la materia.

6. TGP normativa instrumental subjetivista: elaborar una TGP con una dimensión normativa basada en la racionalidad instrumental, sin ocuparse de la racionalidad sustancial, y que parta de un presupuesto subjetivista en meta-ética (descriptivista o no descriptivista). Esta es una de las opciones que más se puede presentar. Que el teórico procesal no asuma como objetivos ciertos valores sustanciales que deben realizar modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos. Sin embargo, que formule propuestas normativas instrumentales de cara a garantizar los valores y fines contextuales que se le atribuyen en un determinado contexto social a los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos.

7. TGP no normativa objetivista: elaborar una TGP carente de una dimensión normativa, sea sustancial o sea instrumental, y que parta de un presupuesto objetivista en meta-ética (realista o constructivista). Este caso es el de aquellos teóricos procesales que si bien consideran que existen la objetividad en la moral y en temas de racionalidad normativa sustancial, por división del trabajo prefieren ocuparse exclusivamente de la dimensión analítica y empírica.

8. TGP no normativa subjetivista: elaborar una TGP carente de una dimensión normativa, sea sustancial o sea instrumental, y que parta de un presupuesto subjetivista en meta-ética (descriptivista o no descriptivista). Este caso también es habitual y es el de aquellos que consideran que la labor teórica debe ser exclusivamente descriptiva y/o

explicativa, ya que la dimensión normativa no es auténtico conocimiento, en realidad se trata de política o ideología del derecho.

Estas posturas se pueden ver reflejadas en el siguiente cuadro:

Tabla 7-2: Tipos de TGP normativa.

TGP Normativa						TGP No normativa	
Subjetivista			Objetivista			Objetivista	Subjetivista
Sustancial	Instrumental	Sustancial e instrumental	Sustancial	Instrumental	Sustancial e instrumental		

Fuente: elaboración propia

7.2.3 Contenido y metodologías de la dimensión normativa de la TGP

Ahora bien, tal como se mencionó en la sección anterior hay que tener en cuenta en esta materia dos elementos (i) los presupuestos meta-éticos (si se es objetivista o subjetivista); y (ii) el tipo de racionalidad aplicable a la dimensión normativa: racionalidad sustancial y racionalidad instrumental.

Es en este marco, el contenido de una TGP normativa puede ser o bien el estudio de los fines y valores que deben guiar los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos (racionalidad sustancial) o bien los principales medios y diseños institucionales para que los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos cumplan de forma eficiente y eficaz los fines que se les asignan (racionalidad instrumental).

En la primera opción basada en la racionalidad sustancial, el teórico procesal por regla general deberá acudir a una o varias doctrinas y teorías ético-normativas de la justicia. Las

doctrinas se refieren a los principales “tipos de justicia”, por ejemplo, la justicia retributiva, correctiva, distributiva, entre otras. Mientras que las teorías ético-normativas de la justicia se refieren a los principales intentos teóricos por dotar de contenido y sistematicidad cada una de estas doctrinas. Ejemplos de teorías ético-normativas de la justicia son: el utilitarismo, el libertarismo, la ética Kantiana, la teoría de la justicia de John Rawls, la teoría de la justicia de Amartya Sen, la teoría de la justicia de Dworkin, entre otras.

El problema que enfrentan estas teorías ético-normativas es o bien ontológico (en el caso de afirmen el realismo moral) o bien epistemológico. Este último problema se refiere en especial a la posibilidad de contar con criterios (más allá de la coherencia lógica interna de una teoría) intersubjetivamente compartidos que permitan afirmar la verdad o falsedad, o la corrección o incorrección de una teoría respecto de las otras. Lo que crea problemas para delimitar las posibles metodologías de investigación en este campo.

En la segunda opción basada en la racionalidad instrumental, el teórico procesal por regla general deberá acudir a estudios empíricos que den cuenta de la eficiencia y eficacia de determinados modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos respecto de un determinado fin. En otras palabras, se requieren estudios empíricos (socio-jurídicos) que soporten la eficiencia y eficacia de los modelos. A la par de estos estudios empíricos resultan de gran relevancia los métodos comparados. Para los efectos de las propuestas normativas en esta materia siempre será de utilidad comparar los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos realmente existentes en distintos contextos sociales. La importancia del método comparado para las teorías de la justicia y para la teoría del Derecho los podemos encontrar en las obras de Amartya Sen y de William Twining.

La importancia del método comparado en la concepción de la justicia de Amartya Sen tiene como presupuesto la distinción que plantea entre dos tipos de enfoques sobre la justicia: el institucionalismo trascendental y la comparación basada en realizaciones. El enfoque del institucionalismo trascendental se puede identificar con dos premisas: (i) persigue identificar la justicia perfecta (trascendentalismo), y (ii) busca hacer justas las instituciones de la sociedad (institucionalismo). Dentro de este enfoque, Sen agrupa a autores como Hobbes, Locke, Rousseau, Kant y Rawls. En cambio, el enfoque de la comparación basada en realizaciones se puede identificar por otras dos premisas: (i) tiene interés en la

eliminación de las injusticias manifiestas en el mundo que se observa, y (ii) este enfoque se basa metodológicamente en la comparación entre sociedades que ya existen o que pueden existir. Dentro de este enfoque, Sen agrupa a autores como Adam Smith, el marqués de Condorcet, Jeremy Bentham, Karl Marx, Jhon Stuart Mill, y el mismo Sen.³⁴⁶

En este sentido, la propuesta metodológica del enfoque de comparación basada en realizaciones implica que toda investigación normativa (en el caso de la TGP sobre los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos) deba partir de la comparación entre contextos sociales existentes.

Por su parte, para el profesor William Twining, la elaboración de una teoría y sus correspondientes generalizaciones, que pretenda dar cuenta de la realidad y al mismo tiempo de las distintas escalas espaciales debe partir del uso del método comparado. En palabras textuales del profesor Twining:

“el trabajo comparativo en derecho debe desempeñar un papel crucial en el proceso de extender nuestra comprensión de los fenómenos jurídicos más allá de los límites nacionales, en vía a explorar y resolver los problemas relacionados con el carácter generalizable de ciertas prácticas jurídicas”³⁴⁷.

En síntesis, los objetos de estudio (contenido) de una TGP normativa son, por una parte, o bien los fines últimos que deben perseguir los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos (como la justicia); o bien los fines cultural y contextualmente asignados al proceso judicial (por ejemplo, los fines del proceso judicial en el contexto de un Estado constitucional de Derecho). Por otra parte, se encontraría el estudio de los medios que se deben seguir para garantizar en la mayor medida de lo posible esos fines asignados al proceso judicial.

³⁴⁶ Sen, Amartya. *La idea de la justicia*. Bogotá: Penguin Random House, 2019 (3ra reimpresión), pp. 33-58.

³⁴⁷ Twining, William. *Derecho y globalización*. Op. Cít., p. 153.

Y las metodologías que se deben emplear en el estudio de este contenido de la TGP normativa se encuentran: (i) las metodologías propias de la filosofía moral y política (principalmente en el caso de los objetivistas morales); (ii) las metodologías de la antropología cultural, la historia y la sociología, entre otras disciplinas de las ciencias sociales, para identificar los fines cultural y contextualmente atribuidos a los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos; (iii) las metodologías propias de las ciencias sociales aplicadas al estudio de la eficacia y eficiencia de los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos (estudios socio-jurídicos); y (iv) al método comparado para observar en la práctica la eficacia y eficiencia de modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos realmente existentes en comparación con otros.

7.3 Dimensión empírica de la TGP

La teoría jurídica en general, y la TGP en particular, no se deben construir como meras especulaciones o intuiciones. Por el contrario, deben tener su fuente en datos empíricos de la realidad. Para el profesor Comanducci la diferencia entre la teoría del Derecho, de un lado, y los estudios socio-jurídicos y de la dogmática jurídica, del otro, es de grado o nivel de abstracción. La teoría del Derecho se pregunta por “el Derecho” y no por “un Derecho” en particular³⁴⁸. En nuestro contexto podríamos decir que los estudios socio-jurídicos del proceso y del derecho procesal y la dogmática procesal se preguntan por “un modelo procesal, de justicia o de resolución de conflictos” en particular (y sus correspondientes reglas de derecho positivo, tratándose del proceso judicial y del derecho procesal estatal); mientras que la TGP se ocupa de “los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos” en general.

Pese a estas diferencias de grado de abstracción, la TGP debe partir de los mismos datos empíricos de los estudios socio-jurídicos y de la dogmática procesal. De nuevo, en palabras del profesor Comanducci:

³⁴⁸ Comanducci, Paolo. “Epistemología jurídica”. En: *Estudios sobre constitución y derechos fundamentales*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, pp. 13-25, p. 24.

“(…) la teoría del derecho se ocupa exactamente de los mismos objetos de las ciencias sociales y de la dogmática. La gran diferencia del enfoque iusfilosófico depende esencialmente del mayor nivel de abstracción en el que se colocan sus discursos, que lleva a los filósofos del derecho a elaborar modelos reconstructivos y explicativos de la realidad, más que describirla directamente”³⁴⁹.

La dimensión empírica de la teoría jurídica, y en nuestro caso de la TGP, da cuenta de la función descriptiva y explicativa de la teoría. Sin embargo, es oportuno distinguir las **descripciones y explicaciones directas**, de las **descripciones y explicaciones teóricas** (en un mayor nivel de abstracción). Si bien existen analogías entre ambas, también existen diferencias.

Similitudes: (i) las descripciones y explicaciones directas buscan brindar información sobre la realidad tal cual es, y, por tanto, (ii) tienen como fuente de información los datos empíricos de la realidad, y (iii) su verdad o falsedad dependerá de su correspondencia con la realidad a la que se refieren. De igual forma, las descripciones y explicaciones teóricas buscan brindar información sobre la realidad, tienen como fuente datos empíricos, y en un cierto grado pueden predicarse de estas su verdad o falsedad en cuanto se correspondan o no con la realidad que describen.

Diferencias: (i) las descripciones y explicaciones teóricas pueden omitir de forma intencional datos empíricos que el teórico considera irrelevantes a los efectos de sus finalidades teóricas; (ii) las descripciones y explicaciones teóricas se formulan usualmente en términos de “modelos”; y (iii) la verdad o falsedad de una teoría no depende solamente de su correspondencia con la realidad, sino que también será de gran relevancia el criterio de coherencia. Una teoría usualmente persigue ser coherente con marcos teóricos preexistentes compartidos por una determinada comunidad académica.

Así las cosas, la dimensión empírica de la TGP debe cumplir la función de describir y explicar los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos que se presentan

³⁴⁹ *Ibíd.*

en la realidad desde un punto de vista teórico. Es decir que (i) se deben brindar informaciones sobre estos modelos tal como se presentan en la realidad; (ii) estas informaciones son susceptibles de ser verdaderas o falsas en la medida en que se correspondan o no con la realidad que describen o explican; (iii) estas descripciones y explicaciones se formulan en términos de “modelos teóricos”; (iv) estos modelos teóricos pueden prescindir de información y datos empíricos, por ser considerados irrelevantes de cara a los fines teóricos de quien formula la TGP correspondiente; (v) este modelo teórico a su turno deberá tener coherencia interna y externa. Coherencia interna: un modelo teórico es mejor en la medida en que no existan contradicciones dentro del modelo. Coherencia externa: un modelo teórico usualmente será coherente con marcos teóricos más generales asumidos por quien elabora la TGP correspondiente.

Debido a que las descripciones y explicaciones de la teoría del derecho, y de la TGP, se expresan en términos de “modelos teóricos”, resulta relevante explicar un poco más este concepto. Para lo cual, de nuevo acudiremos a la explicación del profesor Comanducci, para quien por “modelo” se entiende “una construcción artificial que reproduce, en forma simplificada, un fenómeno de la realidad social o un fenómeno imaginario con el fin de facilitar el estudio del fenómeno mismo o de un problema relacionado con éste”³⁵⁰.

Es así que el objeto de estudio de la TGP en su dimensión empírica son los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos tal cómo se dan en la realidad. Modelos que se estudian para describirlos y para explicarlos. Pero, en cuanto a la metodologías para su abordaje (i) se debe acudir a las metodologías propias de las ciencias sociales (la historia, la sociología, la ciencia política, la economía, la antropología, etc.) a los efectos de describir y explicar de una forma que se corresponda con la realidad estos diversos modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos; y (ii) una vez reconstruidos los datos empíricos con el apoyo en estos métodos socio-jurídicos, el teórico procesal debe acudir a elaborar generalizaciones y “modelos teóricos” que describan y expliquen de

³⁵⁰ Comanducci, Paolo. *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*. México D.F.: Fontamara, 2009 (2da reimpresión), pp. 79-80.

forma simplificada y coherente los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos.

8. Criterios de redefinición del objeto y metodología de la TGP

Hasta aquí se ha presentado una definición informativa de la TGP predominante en Colombia, de acuerdo con la cual la TGP corresponde a la disciplina teórica encargada del estudio sistemático de los principios, instituciones, categorías y conceptos procesales comunes a los distintos procesos, dentro de estos, el estudio de la acción, la jurisdicción y el proceso. Esta definición basada en la evolución histórica de la disciplina (i) refleja una teoría conceptualista heredera de la fase sistemática de la teoría procesal; y (ii) se inspira en la tradición iusfilosófica de la jurisprudencia de conceptos (que hace parte de la tradición analítica de la teoría del Derecho). Esta TGP, sin embargo, no da cuenta de dimensiones teóricas diferentes a la analítica, como las dimensiones normativas y empíricas de la teoría procesal; y tampoco da cuenta del pluralismo jurídico y sus diversas escalas espaciales. Es por esto que se plantea una redefinición de la TGP que de cuenta (i) de la teoría procesal como una especie del género teoría del Derecho; (ii) de escalas espaciales diversas a la del Estado-nación; y (iii) de las dimensiones analítica, normativa y empírica de la teoría procesal.

Para llevar a cabo esta redefinición de la TGP se deben recapitular los aspectos hasta aquí estudiados sobre las escalas espaciales del Derecho y sobre las diversas dimensiones de la teoría procesal.

1. La TGP puede dar cuenta del pluralismo social y jurídico, con una fundamentación epistemológica de realismo inocente, sin comprometerse necesariamente con una definición estipulativa del Derecho.

2. Para esto, el objeto de estudio privilegiado de la TGP no deben ser ni el derecho procesal estatal, ni el proceso judicial, ni la jurisdicción; por el contrario, el objeto de estudio privilegiado deben ser los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos.
3. El estudio de los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos debe elaborarse en diversas **escalas espaciales**, dentro de las cuales se proponen: la global; la internacional; la regional, la transnacional, la inter-comunal; la estatal-nacional; la estatal-descentralizada; la paraestatal, antiestatal y de economías ilegales; y la local.
4. Al estudiar estas diversas escalas espaciales, la TGP debe abordarlas desde las dimensiones analítica, normativa y empírica.
5. En su **dimensión analítica**, la TGP deberá tener por objeto de estudio los principales discursos que se presentan en relación con los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos en las diversas escalas espaciales.
6. En materia de metodología de investigación en su dimensión analítica, la TGP debe (i) apoyarse en las enseñanzas de la tradición analítica de la filosofía, tanto del neopositivismo (o neoempirismo lógico) como de la filosofía del lenguaje; (ii) usar como herramientas metodológicas las distinciones entre enunciados en función descriptiva y en función prescriptiva, entre enunciados empíricos y analíticos, entre definiciones lexicales y estipulativas, entre discursos relativos al mundo o a otros discursos, entre metalenguaje y lenguajes-objeto, entre expresiones dotadas de un significado emotivo y expresiones emotivamente neutras, entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, y entre explicación y justificación; (iii) guiarse y dirigirse por los principios de desconfianza metódica, de conversión de problemas ontológicos en problemas conceptuales, y de exhaustividad conceptual; y, con ocasión de esto último, (v) crear un conjunto de conceptos claros y distintos que permitan dar cuenta de todos los aspectos relevantes para explicar y describir los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos en diversas escalas espaciales.
7. En su **dimensión normativa**, la TGP puede contar con por lo menos tres objetos de estudio: (i) los fines últimos que deben perseguir los modelos procesales, de justicia y

de resolución de conflictos (como la justicia); (ii) los fines cultural y contextualmente asignados a los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos (por ejemplo, los fines del proceso judicial en el contexto de un Estado constitucional de Derecho); y (iii) los medios que se deben seguir para garantizar en la mayor medida de lo posible, con eficacia y eficiencia, esos fines asignados a los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos.

8. En materia de metodología de investigación en su dimensión normativa, la TGP debe emplear: (i) las metodologías propias de la filosofía moral y política (principalmente en el caso de los objetivistas morales), a sabiendas de las críticas epistemológicas al respecto; (ii) las metodologías de la antropología cultural, la historia y la sociología, entre otras disciplinas de las ciencias sociales, para identificar los fines cultural y contextualmente atribuidos a los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos; (iii) las metodologías propias de las ciencias sociales aplicadas al estudio de la eficacia y eficiencia de los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos (estudios socio-jurídicos); y (iv) al método comparado para observar en la práctica la eficacia y eficiencia de modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos realmente existentes en comparación con otros.

9. En su **dimensión empírica**, la TGP tiene como objeto de estudio los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos tal cómo se dan en la realidad. Modelos que se estudian para ser descritos y explicados.

10. En materia de metodología de investigación en su dimensión empírica, la TGP debe (i) acudir a las metodologías propias de las ciencias sociales (la historia, la sociología, la ciencia política, la economía, la antropología, etc.) a los efectos de describir y explicar de una forma que se corresponda con la realidad estos diversos modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos; y una vez reconstruidos los datos empíricos con el apoyo de los métodos socio-jurídicos, (ii) elaborar generalizaciones y “modelos teóricos” que describan y expliquen de forma simplificada y coherente los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos.

9. Adenda: criterios de redefinición del objeto de la TGP en la escala estatal-nacional

La redefinición del objeto y metodologías de investigación de la TGP más amplia presentada en la sección anterior, puede ser complementada con una redefinición de la TGP que se elabora en escala estatal-nacional. Para esto, se parte de una premisa: la TGP es una especie del género teoría del Derecho. De allí que sea posible elaborar un contenido temático de la disciplina en comparación con el contenido temático de la Teoría General del Derecho.

Recapitulando lo expuesto en la sección 2.2 de este trabajo, con base en la exposición usual de la materia se podría considerar que la Teoría General del Derecho se ocupa del estudio de: (i) el concepto de Derecho, de donde se desprenden algunos subtemas, como lo son a) la relación entre el Derecho y la fuerza; b) la relación entre el Derecho y la moral; c) la relación entre el Derecho y el poder; (ii) la teoría de las normas jurídicas, dentro de la cual existen a su vez diversos subtemas: a) concepto de normas, b) clases de normas, c) estructura lógica de las normas, d) propiedades de las normas (validez, vigencia y aplicabilidad), entre otras; (iii) la teoría del ordenamiento o del sistema jurídico, donde se estudian temas como a) las propiedades de los sistemas normativos: unidad, consistencia, coherencia y plenitud; b) las relaciones entre los diversos sistemas normativos; c) la dinámica y la estática de los sistemas normativos, entre otras; (iv) la teoría de las fuentes del Derecho; (v) la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales, donde se estudian conceptos como: obligación, sanción, ilícito, responsabilidad, sujeto de derecho, relación jurídica, derechos subjetivos, entre otras; y (vi) la teoría del método jurídico, donde se estudian la interpretación y la argumentación jurídica.

Es así como, por lo menos en lo que a la escala estatal-nacional se refiere, el contenido temático de la TGP podría reconstruirse a partir de los temas tratados por la Teoría General

del Derecho. Esta reconstrucción y propuesta de redefinición podría ser de la siguiente forma:

1. **Tema 1:** Conceptos preliminares del Derecho Procesal.
 - a. Concepto de proceso.
 - b. Concepto de Derecho Procesal.
 - c. Concepto de métodos de resolución de conflictos.
2. **Tema 2:** Teoría de las normas procesales.
 - a. ¿Qué es una norma procesal?
 - b. Validez, vigencia y aplicabilidad de las normas procesales³⁵¹.
 - c. Tipos de normas procesales:
 - i. Principios procesales
 - ii. Reglas técnicas del procedimiento.
 - iii. Teoría de los enunciados del Derecho procesal³⁵²:
 1. Enunciados metajurídicos: regla de reconocimiento procesal
¿Qué identifica el derecho procesal?
 2. Enunciados jurídicos:
 - a. De carácter no práctico: definiciones procesales.
 - b. De carácter práctico:
 - i. Valorativos:
 - ii. Normativos:
 1. Expresan el uso de poderes normativos
 2. Expresan normas procesales:
 - a. Normas deónticas (regulativas)
 - i. Principios (en sentido estricto vs directrices)

³⁵¹ Esta división entre validez, vigencia y aplicabilidad de las normas se basa en un artículo del profesor Juan Antonio García Amado. Cfr. García Amado, Juan Antonio. *Validez, vigencia y aplicabilidad de las normas jurídicas*. 2021, recuperado de: <https://www.si-lex.es/validez-vigencia-y-aplicabilidad-de-las-normas-juridicas>

³⁵² Este borrador de lo que podría implicar el estudio de los enunciados del Derecho procesal se basa en la clasificación de los enunciados del Derecho estudiados por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Cfr. Atienza, Manuel & Ruiz Manero, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996.

-
- ii. Reglas (de acción vs de fin)
 - b. Normas no deónticas (constitutivas):
 - i. Reglas que confieren poder.
 - ii. Reglas puramente constitutivas.
 - d. Estructura lógica de las normas procesales
 - e. Efectos jurídicos de las normas procesales.
 - 3. **Tema 3:** Teoría de los sistemas procesales
 - a. La actividad de sistematización en el derecho procesal
 - b. Coherencia axiológica
 - c. Consistencia lógica (No antinomias)
 - d. Plenitud (no lagunas normativas)
 - e. Unidad de los sistemas procesales (jurisdicción estatal vs jurisdicción no estatal)
 - 4. **Tema 4:** Teoría de las fuentes del Derecho Procesal
 - 5. **Tema 5:** Teoría de los conceptos procesales fundamentales³⁵³:
 - a. Conflicto
 - b. Controversia.
 - c. Litigio.
 - d. Cargas
 - e. Facultades
 - f. Derechos
 - g. Deberes
 - h. Obligaciones
 - i. Poderes-deberes.
-

³⁵³ En este campo resulta interesante llevar a cabo una comparación de los conceptos usualmente empleados por los procesalistas y la clasificación de las relaciones jurídicas esbozadas por Hohfeld. Clasificación que ha sido utilizada por la mayoría de los teóricos del Derecho cuando se aborda el tema de los conceptos jurídicos fundamentales. Cfr. Hohfeld, W.N. *Conceptos jurídicos fundamentales*. México D.F.: Fontamara, 2004 (quinta reimpresión).

6. **Tema 6: Método jurídico:**
 - a. Interpretación de las disposiciones procesales.
 - b. Argumentación:
 - i. Con base en normas procesales.
 - ii. En escenarios procesales.
 - c. Epistemología jurídica:
 - i. Epistemología aplicada al saber procesal:
 1. Dogmática procesal.
 - ii. Razonamiento probatorio (epistemología aplicada al contexto de la prueba).
7. **Tema 7: El Derecho Procesal, instituciones y funciones del proceso.**
8. **Tema 8: El proceso judicial y el contexto social.**
 - a. Teoría de los sistemas sociales y el proceso.
 - b. Los campos sociales y el proceso.
 - c. El poder y el proceso judicial.
 - i. Poder político
 - ii. Poder económico
 - iii. Poder ideológico
 - d. La ideología y el derecho procesal.
 - e. El derecho procesal y la política (la democracia)
9. **Tema 9: La historia del proceso, del derecho procesal y de la teoría procesal**
10. **Tema 10: El Derecho procesal, el proceso judicial y la moral:**
 - a. Meta-ética y proceso judicial:
 - i. Objetivismo vs subjetivismo
 - b. Ética descriptiva y derecho procesal
 - c. Éticas normativas y derecho procesal
 - d. Los fines del proceso y del derecho procesal
 - e. Justicia procesal y justicia sustancial
 - i. Debido proceso.
 - ii. Dignidad humana en el proceso.
 - iii. Libertad en los procesos.
 - iv. Igualdad en los procesos.
11. **Tema 11: Trilogía estructural:**

-
- a. Jurisdicción
 - i. Competencia
 - b. Acción
 - i. Derecho de acción
 - ii. Derecho de defensa
 - iii. Demanda y acusación
 - iv. Contestación de la demanda
 - v. Pretensión
 - vi. Resistencia a la pretensión
 - c. Procedimiento.
 - i. ¿Quiénes actúan en el proceso?: teoría de los sujetos procesales
 - ii. ¿Cómo actúan en el proceso?: teoría de los actos procesales
 - iii. ¿Cómo se organizan en el tiempo esos actos?: estructura de los procesos
 - iv. ¿Cuándo existen y son válidos los actos procesales?: teoría de la existencia y validez de los actos procesales (nulidades procesales)
- 12. Tema 12:** El Derecho Procesal comparado y modelos procesales.

10. A modo de conclusión

El presente trabajo se ha articulado alrededor de la pregunta ¿cuáles son los criterios de redefinición de la TGP predominante en Colombia, sus objetos y metodologías de estudio, para que la disciplina dé cuenta de los retos que implican distintos espacios jurídicos y dimensiones no conceptuales de la teoría jurídica?

Frente a esta pregunta de investigación se sostuvo la siguiente hipótesis de trabajo:

La Teoría General del Proceso predominante en Colombia no da cuenta de dos retos contemporáneos que se le presentan a la teoría jurídica: por una parte, el espacio en el Derecho, esto es, el estudio de distintos espacios jurídicos y sus relaciones (pluralismo jurídico e interlegalidad) y, por otra, las dimensiones no conceptuales de la teoría jurídica (dimensión normativa y empírica). Por lo anterior, debe redefinirse el objeto de estudio de la TGP predominante en Colombia, ampliándolo a los discursos, conceptos y categorías que permitan analizar los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos (dimensión analítica), tipos ideales de modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos, su eficiencia y eficacia (dimensión normativa) y las prácticas sociales que se presentan en la realidad en relación con los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos (dimensión empírica), todo esto en los espacios global; internacional; regional, transnacional, inter-comunal; estatal-nacional; estatal-descentralizado; paraestatal, antiestatal y de economías ilegales; y local.

Esta hipótesis de trabajo, si bien sintetiza de forma clara cómo debe ser redefinida la TGP predominante en Colombia para dar cuenta de diversos espacios jurídicos y de dimensiones no conceptuales de la teoría jurídica, no presente de forma precisa y clara los criterios de redefinición del objeto y metodología de la disciplina.

Para precisar y aclarar este aspecto, se considera que la redefinición de la TGP debe tener en cuenta criterios sobre su objeto en general, sobre sus escalas espaciales, sobre sus objetos específicos y sobre sus metodologías.

Criterios sobre el objeto general de la TGP: tal como se ha expuesto hasta este punto, el objeto de estudio en general de la TGP se propone que sean los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos.

Criterios espaciales de la TGP: la TGP debe ser elaborada teniendo en cuenta la escala espacial que aborda. Que para el caso del pluralismo social y jurídico debe comprender una diversidad de escalas, dentro de las cuales se proponen las escalas: global; internacional; regional, transnacional, inter-comunal; estatal-nacional; estatal-descentralizada; paraestatal, antiestatal y de economías ilegales; y local.

Criterios sobre el objeto específico de la TGP: los objetos de estudio específicos de la TGP dependen de la dimensión que se trabaje: analítica, normativa o empírica.

Dimensión analítica: en esta dimensión, la TGP deberá tener por objeto de estudio los principales discursos que se presentan en relación con los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos en las diversas escalas espaciales.

Dimensión normativa: en esta dimensión, la TGP podrá contar con por los menos tres objetos de estudio: (i) los fines últimos que deben perseguir los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos (como la justicia); (ii) los fines cultural y contextualmente asignados a los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos (por ejemplo, los fines del proceso judicial en el contexto de un Estado constitucional de Derecho); y (iii) los medios que se deben seguir para garantizar en la mayor medida de lo posible, con eficacia y eficiencia, esos fines asignados a los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos. Teorías que dependen de forma directa o indirecta de presupuestas meta-éticos. De allí que al estudiar estos objetos se pueden presentar por lo menos seis tipos de teorías: TGP normativa sustancial objetivista, TGP normativa sustancial subjetivista, TGP normativa sustancial e instrumental objetivista, TGP normativa

sustancial e instrumental subjetivista, TGP normativa instrumental objetivista, y TGP normativa instrumental subjetivista.

Dimensión empírica: en esta dimensión, la TGP deberá tener como objeto de estudio los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos tal cómo se dan en la realidad. Modelos que se estudian para ser descritos y explicados.

Criterios sobre las metodologías de la TGP: tal como se ha descrito hasta este punto, la epistemología depende en parte de la ontología, y a su vez, las metodologías de investigación dependen de cómo se configure el objeto de estudio. Por eso, se presentarán metodologías diferenciadas, aunque similares, para el estudio de los diversos objetos específicos de estudio de la TGP:

Metodologías de la TGP analítica: como ya se ha señalado, la TGP analítica debe (i) apoyarse en las enseñanzas de la tradición analítica de la filosofía, tanto del neopositivismo (o neoempirismo lógico) como de la filosofía del lenguaje; (ii) usar como herramientas metodológicas las distinciones entre enunciados en función descriptiva y en función prescriptiva, entre enunciados empíricos y analíticos, entre definiciones lexicales y estipulativas, entre discursos relativos al mundo o a otros discursos, entre metalenguaje y lenguajes-objeto, entre expresiones dotadas de un significado emotivo y expresiones emotivamente neutras, entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, y entre explicación y justificación; (iii) guiarse y dirigirse por los principios de desconfianza metódica, de conversión de problemas ontológicos en problemas conceptuales, y de exhaustividad conceptual; y, con ocasión de esto último, (v) crear un conjunto de conceptos claros y distintos que permitan dar cuenta de todos los aspectos relevantes para explicar y describir los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos en diversas escalas espaciales.

Metodologías de la TGP normativa: como ya se ha señalado, la TGP debe emplear: (i) las metodologías propias de la filosofía moral y política (principalmente en el caso de los objetivistas morales), a sabiendas de las críticas epistemológicas al respecto; (ii) las metodologías de la antropología cultural, la historia y la sociología, entre otras disciplinas de las ciencias sociales, para identificar los fines

cultural y contextualmente atribuidos a los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos; (iii) las metodologías propias de las ciencias sociales aplicadas al estudio de la eficacia y eficiencia de los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos (estudios socio-jurídicos); y (iv) al método comparado para observar en la práctica la eficacia y eficiencia de modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos realmente existentes en comparación con otros.

Metodologías de la TGP empírica: como ya se ha señalado, la TGP debe (i) acudir a las metodologías propias de las ciencias sociales (la historia, la sociología, la ciencia política, la economía, la antropología, etc.) a los efectos de describir y explicar de una forma que se corresponda con la realidad estos diversos modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos; y una vez reconstruidos los datos empíricos con el apoyo de los métodos socio-jurídicos, (ii) elaborar generalizaciones y “modelos teóricos” que describan y expliquen de forma simplificada y coherente los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos.

Con base en estos criterios, se podría redefinir la TGP predominante en Colombia de la siguiente manera:

La TGP es la disciplina encargada de estudiar, analítica, normativa y empíricamente, desde un punto de vista general, los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos en diversas escalas espaciales, especialmente a nivel global; internacional; regional; transnacional; inter-comunal; estatal-nacional; estatal-descentralizada; paraestatal, antiestatal y de economías ilegales; y local.

Desde un punto de vista particular, la TGP se encarga de estudiar, desde su dimensión analítica, los principales discursos que se presentan en relación con los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos en las diversas escalas espaciales. Para lo cual la TGP debe acudir a las enseñanzas de la tradición analítica de la filosofía (del neoempirismo lógico y de la filosofía del lenguaje), a ciertas distinciones analíticas fundamentales (como la distinción entre definiciones informativas y estipulativas), al uso de principios de investigación analíticos como lo son los principios de desconfianza

metódica, de conversión de problemas ontológicos en problemas conceptuales, y de exhaustividad conceptual; y a la elaboración de un conjunto de conceptos claros y distintos que permitan dar cuenta de todos los aspectos relevantes para explicar y describir los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos en diversas escalas espaciales.

Desde su dimensión normativa, la TGP se encarga de estudiar los fines últimos que deben perseguir los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos; los fines cultural y contextualmente asignados a estos modelos; y los medios que se deben seguir para garantizar en la mayor medida de lo posible, con eficacia y eficiencia, esos fines asignados a los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos, en las diversas escalas espaciales. Para esto, la TGP debe emplear las metodologías propias de la filosofía moral y política (principalmente en el caso de los objetivistas morales); las metodologías de la antropología cultural, la historia y la sociología, entre otras disciplinas de las ciencias sociales, para identificar los fines cultural y contextualmente atribuidos a los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos; las metodologías propias de las ciencias sociales aplicadas al estudio de la eficacia y eficiencia de los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos (estudios socio-jurídicos); y el método comparado para observar en la práctica la eficacia y eficiencia de modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos realmente existentes en comparación con otros.

Por último, desde su dimensión empírica la TGP se encarga de describir y explicar teóricamente los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos tal cómo se dan en la realidad en las diversas escalas espaciales. Para esto, la TGP debe acudir a las metodologías propias de las ciencias sociales (la historia, la sociología, la ciencia política, la economía, la antropología, etc.) a los efectos de describir y explicar de una forma que se corresponda con la realidad estos diversos modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos. Una vez reconstruidos los datos empíricos con el apoyo de los métodos socio-jurídicos, la TGP debe elaborar generalizaciones y “modelos teóricos” que describan y expliquen de forma simplificada y coherente los modelos procesales, de justicia y de resolución de conflictos realmente existentes en las diversas escalas espaciales.

Bibliografía

1. ADAMS, Sandra. "El Derecho común: notas sobre una realidad histórico-jurídica". En: *Glossae. European Journal of Legal History*, núm. 14, 2017, pp. 11-26, p. 20. Disponible en: <http://www.glossae.eu/glossae-14-2017/>
2. AGUILAR NOVOA, Omar. "Campo y sistema en la teoría sociológica (Notas sobre una convergencia)". En: *Revista de Sociología*, núm. 17, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, 2003, pp. 81-94.
3. ALCHOURRÓN, Carlos & BULYGIN, Eugenio. *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Bogotá: Astrea – Universidad de Medellín, 2013.
4. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
5. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.
6. ALEXY, Robert. "La naturaleza de la filosofía del Derecho". En: *El concepto y la naturaleza del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp- 35-50.
7. ALEXY, Robert. "En torno al concepto y la naturaleza del Derecho". En: *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 73-97.
8. ALEXY, Robert. "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Núm. 11, 2009, pp. 3-14.

Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>

9. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)* Tomo I. núms 1-11. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.
10. ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo I. Parte General*. Buenos Aires: Ediar Soc. Anon. Editores, 1963.
11. ARAMBURO, Maximiliano. *Decisión judicial y prueba en la obra de Michele Taruffo*. Alicante: Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho internacional Privado. Tesis presentada para aspirar al grado de Doctor por la Universidad de Alicante. Tesis dirigida por: Manuel Atienza Rodríguez y Daniel González Lagier, 2020.
12. ATIENZA, Manuel & RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.
13. ATIENZA, Manuel. "La situación actual de los saberes jurídicos". En: *Introducción al Derecho*. México D.F.: Fontamara, 2007 (cuarta reimpresión), pp. 255-334.
14. ATIENZA, Manuel. "Entrevista a Riccardo Guastini". En: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, ISSN: 0214-8676, 2004, pp. 457-473.
15. ATIENZA, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta, 2019 (sexta reimpresión).
16. ATIENZA, Manuel. *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Trotta, 2018 (primera reimpresión).
17. AZULA CAMACHO, Jaime. *Manual de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría general del proceso*. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2010.
18. BARBERIS, Mauro. "Un poco de realismo sobre el realismo genovés". En: *El realismo jurídico genovés*. Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 201-216.

19. BARBERIS, Mauro. "El realismo jurídico Europeo-continental". En: Fabra Zamora, Jorge Luis & Núñez Vaquero, Álvaro (eds.): *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. Volumen Uno*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, pp. 235-236.
20. BATTISTA RATTI, Giovanni. "Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo". En: *Ius Humani. Revista de Derecho*, Vol. 4, 2014/2015, pp. 227-261.
21. BERGER, Peter L. & LUCKMANN, Thomas. *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu editores, 2008.
22. BERNAD MAINAR, Rafael. "La Pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno". En: *Revista Internacional de Derecho Romano*. ISSN 1989-1970, octubre-2016, p. 43. Disponible en: http://www.ridrom.uclm.es/documentos17/bernad17_imp.pdf
23. BOBBIO, Norberto. "Naturaleza y función de la filosofía del Derecho". En: *Contribución a la Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Debate, 1990, pp. 91-101.
24. BOBBIO, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Debate, 1990.
25. BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho*. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2019.
26. BRENKMAN, Henrik. *Historia de las pandectas*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2016. Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/id/107674/historia_brenkman_hd47.pdf
27. CALAMANDREI, Piero. *Derecho Procesal Civil*. México D.F.: Oxford University Press México S.A., 1999.
28. CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia: conferencias pronunciadas en la*

Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Buenos Aires: Ediciones Europa-América, 1960.

29. CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías y sociedad.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

30. CAPPELLETTI, Mauro. *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos.* México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

31. CARENLUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal.* México D.F.: Oxford University Press México S.A., 1999.

32. CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones de derecho procesal civil.* México D.F.: Oxford University Press México S.A., 1999, pp. XLIV-XLV.

33. CARNELUTTI, Francesco. *Metodología del derecho.* Buenos Aires: Valleta Ediciones, 2003.

34. CARNELUTTI, Francesco. *El arte del derecho.* Bogotá D.C.: Editorial Leyer, 2006.

35. CHIASSONI, Pierluigi. "Tres ejercicios para una crítica del objetivismo moral. Con una premisa sobre la Grunphilosophie". En: *El realismo jurídico genovés.* Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 147-185.

36. CHIASSONI, Pierluigi. "Positivism jurídico: una investigación analítica". En: *El discreto placer del positivismo jurídico.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

37. CHIASSONI, Pierluigi. *La tradición analítica en la filosofía del derecho. De Bentham a Kelsen.* Lima: Palestra Editores, 2017.

38. COMANDUCCI, Paolo. "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico". En: *Isonomía.* Num. 16, 2002, pp. 89-112.

39. COMANDUCCI, Paolo. "Epistemología jurídica". En: *Estudios sobre constitución y*

derechos fundamentales. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, pp. 13-25.

40. COMANDUCCI, Paolo. *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*. México D.F.: Fontamara, 2009 (2da reimpresión).

41. CROSS, Rupert & HARRIS, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

42. DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

43. DÁVILA SÁENZ, Juana. *Apuntes sobre pluralismo jurídico*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho – Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (CIJUS), 2004.

44. DENTI, Vittorio & TARUFFO, Michele. “La rivista di Diritto Processuale Civile”. En: *Riviste giuridiche italiane (1865-1945). Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. No. 16, giuffré editore milano, 1987, pp. 631-664. Disponible en: <http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/16/0633.pdf>

45. DENTI, Vittorio. “Processo civile e giustizia sociale”. En: *Diritto e cultura moderna*. No. 10. Milano: Edizioni di comunità, Eds: Renato Treves y Uberto Scarpelli, 1971.

46. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO Gimenez, Ignacio; & VEGAS TORRES, Jaime. *Curso de Derecho Procesal Civil I Parte General*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2019.

47. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. “Una cartografía simbólica de las representaciones sociales. Prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho”. En: *Nueva Sociedad*, núm.116, noviembre-diciembre, 1991, pp. 18-38. Disponible en: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Cartografia_simbolica_NuevaSociedad.PDF

48. DE SOUSA SANTOS, Boaventura & GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: ICANH, Ediciones Uniandes, Universidad Nacional de Colombia, Universidad de Coimbra, Siglo del Hombre Editores, 2001.
49. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá D.C.: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos -ILSA, 2009.
50. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. "El Derecho de los oprimidos: la construcción y la reproducción de la legalidad en Pasagarda". En: *Boaventura De Sousa Santos. Construyendo las epistemologías del sur. Antología esencial. Volúmen II*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales -CLACSO, y Fundación Rosa Luxemburgo, pp. 33-58. Disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20181203040448/Antologia_Boaventura_Vol2.pdf
51. DE VILLAMOR MORGAN-EVANS, Elisenda. "La libre investigación científica en el sistema jurídico continental: la teoría de Francois Géný". En: *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, núm. 19, 2001-2002, pp. 431-447.
52. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría General del Proceso*. Decimoquinta edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis y Pontificia Universidad Javeriana, 2012.
53. DEZALAY, Yves & M. TRUBEK, David. "La reestructuración global y el Derecho. La internacionalización de los campos jurídicos y la creación de los espacios transnacionales". En: *Pensamiento Jurídico* núm. 1, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 1994, pp. 5-41.
54. DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.
55. DWORKIN, Ronald. *Justicia para erizos*. México: Fondo de Cultura Económica, 2016.

56. FERNÁNDEZ MORENO, Luis. "Karl Popper y la rehabilitación de la teoría de la verdad como correspondencia". En: *Enrahonar*, núm 25, 1996, pp. 91-106.
57. FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia. 1. Teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2013.
58. FERRARI, Vincenzo. *Primera Lección de sociología del derecho*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3920/11.pdf>
59. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. «La Filosofía del Derecho y sus temas. Sobre la no necesidad de la "Teoría del Derecho" como sucedáneo. En: *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de Derechos Humanos*. No. 31, 1994, pp. 109-156.
60. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Pluralismo jurídico es un oxímoron*, 2020. Disponible en: <https://www.si-lex.es/pluralismo-juridico-es-un-oximoron>
61. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Validez, vigencia y aplicabilidad de las normas jurídicas*. 2021, Disponible en: <https://www.si-lex.es/validez-vigencia-y-aplicabilidad-de-las-normas-juridicas>
62. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. «En defensa de "neoconstitucionalismo" y del neoconstitucionalismo». En: *Revista i-Latina*, 2019, pp. 1-16.
63. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio & SAFFÓN, María Paula. "Introducción: un siglo de críticas jurídicas". En. *Crítica jurídica comparada*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto Unidad de Investigaciones jurídico-sociales Gerardo Molina – UNIJUS, 2011, pp. 9-25.
64. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio & SAFFÓN, María Paula. "Crítica jurídica en Brasil, Argentina y Colombia (1960-1990)". En. *Crítica jurídica comparada*. Bogotá D.C.:

Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto Unidad de Investigaciones jurídico-sociales Gerardo Molina – UNIJUS, 2011, pp. 143-175.

65. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio & REVELO REBOLLEDO, Javier (dirs.). *El Estado en la periferia. Historias locales de debilidad institucional*. Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2018.

66. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio & CEBALLOS BEDOYA, María Adelaida. *Abogados sin reglas. Los profesionales del derecho en Colombia: mucho mercado y poco estado*. Bogotá D.C.: Ariel, 2019.

67. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio & CEBALLOS BEDOYA, María Adelaida. *Abogados sin reglas. Los profesionales del derecho en Colombia: mucho mercado y poco estado*. Bogotá D.C.: Ariel, 2019; y García Villegas, Mauricio & Ceballos Bedoya, María Adelaida. *La profesión jurídica en Colombia. Falta de reglas y exceso de mercado*. Bogotá D.C.: Dejusticia, 2019.

68. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho. Las bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

69. GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, Derecho penal y Proceso II. Derecho Procesal Civil*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

70. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto. “El principio fundamental de acción: nuevo paradigma de la ciencia procesal”. En: *Ars Boni et Aequi*. Vol. 7, núm. 2, 2011, pp. 199-238.

71. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto. *Neoprocesalismo. Teoría del proceso civil eficaz*. Lima: Ara Editores, 2013.

72. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel & PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *Apuntes sobre la filosofía del derecho de los siglos XIX y XX: de la escuela de la exégesis a Ronald Dworkin*. Universidad de Alicante. Facultad de Derecho. (s.f.).

73. GRIFFITHS, Anne. "El concepto de pluralismo jurídico: debates sobre su significado y alcance". En: Armando Guevara Gil y Aníbal Gálvez Rivas (comps.). *Pluralismo jurídico e interlegalidad: textos esenciales. Franz Von Benda-Beckmann. Keebet von Benda-Beckmann. Anne Griffiths. John Griffiths. André Hoekema*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ), Dirección Académica de Responsabilidad Social (DARS), Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, pp. 169-198.
74. GUASTINI, Riccardo. "Manifiesto de una filosofía analítica del derecho". En: *Otras distinciones*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 77-92.
75. GUASTINI, Riccardo. "A propósito del neoconstitucionalismo". En: *Otras distinciones*. Bogotá D.C.: Universidad Externado, 2014, pp. 149-173.
76. GUASTINI, Riccardo. *Teoría analítica del Derecho*. Lima, Perú: Zela Grupo Editorial, 2017, p. 31.
77. GUASTINI, Riccardo. *Las dos caras de la filosofía analítica del derecho positivo*, en línea, revisado el 12 de junio de 2019. Disponible en: <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Guastini%20-%20Filosof%C3%ADa%20analítica%20del%20derecho%20positivo.pdf>
78. GUASTINI, Riccardo. "Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico". En: *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law (Online)*, 27, 2015. Disponible en: <http://journals.openedition.org/revus/3463>, pp. 55-65.
79. GUSTINI, Riccardo. *Las dos caras de la filosofía analítica del derecho positivo*, en línea, revisado el 12 de junio de 2019. Disponible en: <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Guastini%20-%20Filosof%C3%ADa%20analítica%20del%20derecho%20positivo.pdf>
80. GUASTINI, Riccardo. "El realismo jurídico como teoría positivista del derecho". En:

Isonomía, 2020, núm. 53, pp. 127-137.

81. GURVITCH, Georges. *Sociology of Law*. Londrés: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co, Ltd., 1947.
82. HAACK, Susan. *Filosofía de las lógicas*. Madrid: Ediciones Cátedra S.A., 1982.
83. HAACK, Susan. “Los realismos y sus rivales: nuestra inocencia recuperada”. En: *Ciencia, Sociedad y Cultura. Ensayos escogidos*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2008, pp. 99-135.
84. HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*, 3a ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
85. HOBBS, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Bogotá D.C.: Editorial Planeta, 2018.
86. HOEKEMA, André J. “Interlegalidad y reconocimiento estatal del derecho y la justicia comunal”. En: Armando Guevara Gil y Aníbal Gálvez Rivas (comps.). *Pluralismo jurídico e interlegalidad: textos esenciales. Franz Von Benda-Beckmann. Keebet von Benda-Beckmann. Anne Griffiths. John Griffiths. André Hoekema*. Op. Cit., pp. 425-434, p. 425.
87. HOHFELD, W.N. *Conceptos jurídicos fundamentales*. México D.F.: Fontamara, 2004 (quinta reimpresión).
88. KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Bogotá D.C.: Libros Hidalgo, 2010.
89. KELSEN, Hans. *¿Qué es la justicia?* Medellín: Editorial Universidad de Antioquía, Formación ciudadana, 2014.
90. KUHN, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.
91. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Código General del Proceso. Parte General*.

Bogotá D.C., Colombia: DUPRE Editores, 2016.

- 92.** LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del Derecho. La transformación jurídica latinoamericana*. Bogotá D.C.: Legis, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, 2016.
- 93.** LUHMANN, Nicklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- 94.** LYOTARD, Jean Francois. *La condición posmoderna. Informe sobre el saber*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1991.
- 95.** LYOTARD, Jean Francois. *La diferencia*. Barcelona: Gedisa, 1988.
- 96.** MACKIE, John Leslie. *Ethics. Inventing right and wrong*. Inglaterra: Penguin Books, 1990.
- 97.** MÁRQUEZ LANDAETAL, Jack Abel. "La división lógica y la definición". En: *Revista Filosofía*, núm. 27, Venezuela: Universidad de los Andes Mérida, 2016, pp. 84-114. Disponible en: <http://erevistas.saber.ula.ve/index.php/filosofia/article/view/8386/8346>.
- 98.** MARTIN-BARBERO, Jesús. *Jóvenes entre el palimpsesto y el hipertexto*. Barcelona: Ned Ediciones, 2017.
- 99.** MEJÍA QUINTANA, Óscar. *Teoría Consensual del Derecho. El derecho como deliberación pública*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia. Sede Bogotá. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Vicedecanatura e Investigación y Extensión. Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, UNIJUS, 2017.
- 100.** MERRY, Sally Engle. "Legal Pluralism". En: *Law & Society Review*, vol. 22, núm. 5, 1988, pp. 869-896.

- 101.** MONTERO AROCA, Juan. *Evolución y futuro del derecho procesal*. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 1984.
- 102.** MUTHER, Theodor. *Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiscontestation und der Singularsucession in Obligationen. Eine Kritik des Windscheid'schen Buches "Die Actio des Römischen Civilrechts" -Sobre la enseñanza de la acción romana, el derecho a demandar hoy, la litiscontestación y la sucesión singular en las obligaciones. Una crítica al libro de Windscheid "La acción en el derecho civil romano"*. Erlangen: 1857. Disponible en: https://books.google.de/books?id=8QIFAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
- 103.** NAVA BEDOLLA, José. "La posibilidad del conocimiento; un problema filosófico sin solución definitiva". En: *Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo*, vol. 6, núm 12, enero-junio, 2016, pp. 340-361.
- 104.** NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier, 2006.
- 105.** NIEVA FENOLL, Jordi. "Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional". En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Núm. 3-4, 2008, pp. 295-343.
- 106.** NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- 107.** PECES BARBA, Gregorio, et al. *Curso de Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- 108.** OTEIZA, Eduardo. "El uso del precedente en el diálogo entre cortes nacionales y transnacionales". En: *Debatiendo con Taruffo*. Coeds: Ferrer Beltrán, Jordi & Vásquez, Carmen. Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 157-175.
- 109.** PARRA QUIJANO, Jairo. *Derecho Procesal Civil. Parte General*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1992.
- 110.** PEÑA SANDOVAL, Harbey. *Conciliación y mediación narrativa. Teoría, práctica y*

reflexión. Bogotá D.C.: Tirant Lo Blanch, 2021.

111. POZZOLO, Susanna. «Apuntes sobre “Neoconstitucionalismo”». En: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, vol. 1, 2015, pp. 363-405. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/13.pdf>.

112. PRIETO SANCHIS, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2016.

113. QUINTERO, Beatriz & PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Proceso. Tomo I*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1995.

114. ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *Lecciones de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría del Proceso*. Bogotá D.C.: Escuela de Actualización Jurídica (ESAJU), 2017.

115. RUIZ MANERO, Juan. “Bobbio y el positivismo. La triple distinción y el propio Bobbio”. En: *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, núm. 26, 2015, pp. 13-18. Disponible en: <https://journals.openedition.org/revus/3324>

116. RUSSELL, Bertrand. “On Denoting”. En: *Mind, New Series*, Vol. 14, No. 56, Oxford University Press on Behalf of the Mind Association, 1905, pp. 479-493. Disponible en: [https://www.uvm.edu/~lderosse/courses/lang/Russell\(1905\).pdf](https://www.uvm.edu/~lderosse/courses/lang/Russell(1905).pdf)

117. RÜTHERS, Bernd. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2018.

118. QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. “El estado de la ciencia del derecho procesal en Colombia”. En: *Revista Pensamiento Jurídico*. Núm. 45. Universidad Nacional de Colombia, 2017, pp. 269-345, p. 270. Disponible en: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/65678/pdf>

119. SÁNDOR PLOSZ, Alexander. *Beiträge zur Theorie des Klagerechts -Contribución a la teoría de la acción judicial-*. Leipzig: 1880. Disponible en:

<http://www.literature.at/viewer.alo?objid=1030255&viewmode=fullscreen&scale=3.33&rotate=&page=6>

120. SANTOS AZUELA, Héctor. “La teoría general del proceso en el sistema del derecho procesal social”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XXXIV, núm. 101, mayo-agosto, 2001, pp. 567-588, revisado el 13 de junio de 2019. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710106>

121. SCHMILL Ordoñez, Ulises. “Hans Kelsen. Aportaciones teóricas de la teoría pura del derecho”. En: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, ISSN: 0214-8676, 2010, pp. 17-36. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32590/1/Doxa_33_01.pdf

122. SEN, Amartya. *La idea de la justicia*. Bogotá: Penguin Random House, 2019 (3ra reimpresión).

123. SILVA ROMERO, Marcel. *Teoría General del Proceso. Una concepción social y democrática del derecho*. Bogotá D.C.: Legis Editores, 2020.

124. SILVA SÁNCHEZ, Antonio. “En torno al Ordo Iudiciorum Privatorum”. En: Anuario de la Facultad de Derecho, ISSN-e 0213-988X, N° 12-13, 1994-1995, pp. 477-504.

125. TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e meateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1974. Disponible en: <https://istitutotarello.org/publications/complete-bibliography-of-giovanni-tarello-1934-1987/>

126. TARUFFO, Michele. *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*. Bologna, Italia: Società Editrice Il Mulino, 2002.

127. TARUFFO, Michele. *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2006.

128. TARUFFO, Michele. “¿Armonizar el proceso civil en Europa?”. En: Páginas sobre la justicia civil. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 213-230.

129. TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. México D.F.: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
130. TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
131. TARUFFO, Michele. *El vértice ambiguo: ensayos sobre la casación civil*. Lima: Palestra Editores, 2005.
132. TWINING, William. *Derecho y globalización*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana Instituto pensar, Siglo del Hombre Editores, 2005.
133. VALENCIA ZEA, Arturo & ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Tomo I. Parte General y Personas. Decimoséptima Edición*. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2011.
134. VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Teoría constitucional del proceso*. Santafé de Bogotá: Doctrina y Ley, 1999.
135. VON Bulow, Oscar. *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozeßvoraussetzungen -La teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales-*. Gießen. 1868. VI, 320 S. Neuauflage 2007, ISBN 978-3-8364-3521-5. Disponible en: <https://opacplus.bsb-muenchen.de/title/BV020144828>.
136. VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *System des heutigen römischen Rechts -Sistema del derecho romano actual-*. Volumen 6. Berlin: Veit, 1847. Disponible en: http://www.deutschestextarchiv.de/book/show/savigny_system06_1847
137. WACH, Adolf. *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts -Manual de derecho procesal civil alemán-*. Leipzig, 1885. Disponible en: <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22217697%22>.
138. WINDSCHEID, Bernhard. *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte*

des heutigen Rechts -La acción en el derecho civil romano desde el punto de vista moderno-. Düsseldorf: Verlagshandlung von Julius Buddeus, 1856. Disponible en: <https://reader.digitale-sammlungen.de//resolve/display/bsb10567269.html>

139. WINDSCHEID, Bernhard. *Die Actio: Abwehr gegen Dr. Theodor Muther -La acción: defensa contra el Dr. Theodor Muther-*. Düsseldorf: Verlagshandlung von Julius Buddeus, 1857. Disponible en: <https://reader.digitale-sammlungen.de//resolve/display/bsb10567270.html>

140. WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina*. CENEJUS, 2003, p. 5. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/otros/20111021100627/wolk.pdf>.

141. ZALAMEA, Traba. *Filosofía sintética de las matemáticas contemporáneas*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Nacional de Colombia, 2009.

142. ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo. "La teoría general del proceso". En: *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de derecho*, núm. 52, 1999, pp. 705-714, revisado el 12 de junio de 2019. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6426/6484>