



# **Instituciones Jurídicas colombianas**

## Apróximaciones históricas

Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales  
Departamento de Ciencia Jurídica y Política



Pontificia Universidad  
**JAVERIANA**  
Cali



# **Instituciones Jurídicas colombianas**

## **Aproximaciones históricas**

Luis Freddyur Tovar  
Lisbeth García Rubio  
Liliana Ortiz Bolaños  
Raúl Fernando Núñez Marín  
María Alejandra Arévalo Moscoso  
Francesco Zappalá Sastoque  
Claudia Lorena Esquivel García  
Javier Felipe Hernández Osorio  
Diego Agudelo Grajales  
Juan Pablo Domínguez Angulo  
Iván Alberto Díaz Gutiérrez  
Santiago Dussán Laverde

Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales  
Departamento de Ciencia Jurídica y Política



Pontificia Universidad  
**JAVERIANA**  
Cali

Santiago de Cali, 2018

Instituciones jurídicas colombianas. Aproximaciones históricas / Luis Freddyur Tovar ... [et al.] -- Santiago de Cali : Pontificia Universidad Javeriana, Sello Editorial Javeriano, 2018.

382 páginas; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN 978-958-5453-57-9.

Derecho -- Historia -- Colombia 2. Colombia -- Historia constitucional 3. Derecho laboral -- Historia -- Colombia 4. Religión y derecho -- Colombia 5. Derecho internacional -- Historia -- Colombia I. Tovar, Luis Freddyur II. García Rubio, Lisbeth III. Ortiz Bolaños, Liliana IV. Núñez Marín, Raúl Fernando V. Arévalo Moscoso, María Alejandra VI. Zappalá Sastoque, Francesco VII. Esquivel García, Claudia Lorena VIII. Hernández Osorio, Javier Felipe IX. Agudelo Grajales, Diego X. Domínguez Angulo, Juan Pablo XI. Díaz Gutiérrez, Iván Alberto XII. Dussán Laverde, Santiago XIII. Pontificia Universidad Javeriana (Cali). Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales

SCDD 349.861 ed. 23

CO-CaPUJ  
malc/18



Pontificia Universidad  
**JAVERIANA**  
Cali

Pontificia Universidad Javeriana Cali  
Facultad de Humanidades  
Departamento de Ciencia Jurídica y Política

**Instituciones Jurídicas Colombianas.**  
Aproximaciones históricas

© Luis Freddyur Tovar - © Lisbeth García Rubio - © Liliana Ortiz Bolaños - © Raúl Fernando Núñez Marín - © María Alejandra Arévalo Moscoso - © Francesco Zappalá Sastoque - © Claudia Lorena Esquivel García - © Javier Felipe Hernández Osorio - © Diego Agudelo Grajales - © Juan Pablo Domínguez Angulo - © Iván Alberto Díaz Gutiérrez - © Santiago Dussán Laverde

**Rector:** Luis Felipe Gómez Restrepo S.J.

ISBN: 978-958-5453-57-9

ISBN (e): 978-958-5453-58-6

**Coordinación editorial:** Claudia Lorena González González

**Auxiliar editorial:** Manuela Triviño Monar

**Diagramación:** Comunicaciones Creativas

**Portada:** Kevin Nieto

**Corrección de estilo:** Comunicaciones Creativas

**Impresión:** Carvajal Soluciones de Comunicación

**Pontificia Universidad Javeriana Cali**

Calle 18 N°118-250

Teléfono: (57-2) 321 8200

Santiago de Cali, Colombia, 2018

El contenido de esta publicación es responsabilidad absoluta de su autor y no compromete el pensamiento de la Institución. Este libro no podrá ser reproducido por ningún medio impreso o de reproducción sin permiso escrito de los titulares del *Copyright*.

## CONTENIDO

<b>Presentación</b>	7
Luis Freddyur Tovar	
<b>La interpretación de la historia como parámetro epistémico para la investigación jurídica</b>	13
Liliana Ortiz Bolaños	
Juan Pablo Domínguez Angulo	
<b>La soberanía en Colombia: entre la teocracia y el ejercicio secular</b>	57
Luis Freddyur Tovar	
Lisbeth García Rubio	
<b>Análisis histórico sobre la incorporación del derecho internacional en las constituciones colombianas anteriores a la Constitución Política de 1991</b>	103
Raúl Fernando Núñez Marín	
María Alejandra Arévalo Moscoso	
<b>Comparación histórica e institucional de los procesos de integración regional de la Unión Europea y Mercosur a la luz de las teorías de las relaciones internacionales</b>	135
Francesco Zappalá Sastoque	
Claudia Lorena Esquivel García	

<b>'La libertad' religiosa en las constituciones de Colombia (1821-1843)</b>	163
Javier Felipe Hernández Osorio Diego Agudelo Grajales	
<b>Esbozos históricos de la causalidad en la responsabilidad del Estado en Colombia</b>	215
Juan Pablo Domínguez Angulo Liliana Ortiz Bolaños	
<b>Historia del contrato de trabajo en Colombia</b>	273
Iván Alberto Díaz Gutiérrez Luis Freddyur Tovar	
<b>Brevísima historia del arbitraje en línea como medio de protección al consumidor en Colombia desde una perspectiva estrictamente legal</b>	313
Santiago Dussán Laverde Francesco Zappalá Sastoque	

## PRESENTACIÓN

Hacer historia no es lo mismo que realizar recuentos de hechos pasados, sino que tal ejercicio implica una actividad analítica e interpretativa, aunque muchas veces, necesariamente, deba basarse en la evocación de situaciones problemáticas anteriores a los actuales, lo que equivale a afirmar que dicho ejercicio posee un alto grado de complejidad y de dominio, no solo de la temática sobre la cual se quiere reconstruir una visión renovada del estado del arte en estudio, sino también por la técnica histórico-investigativa.

Si lo anterior es cierto, es válido afirmar entonces, que realizar estudios históricos sobre instituciones jurídicas decantadas a lo largo del tiempo, es una tarea de gran aspiración, quijotezca pudiera decirse, por la dinámica evolución de la disciplina jurídica, lo que produce que el resultado se enfrente a la constante obsolescencia de lo expresado, como también por el tratamiento de la historia de la misma, lo cual no es óbice que para mitigar tal riesgo. El ejercicio se materializa con rigurosidad y responsabilidad intelectual por parte del autor.

Las dificultades descritas constituyen un reto para quien se embarca en dicha tarea. Por esto, enfrentar al abogado con la disciplina histórica, ajena en su quehacer profesional y académico, incrementa el grado de complejidad de dicho ejercicio.

Ahora bien, las anteriores afirmaciones no fueron obstáculo para que un grupo de abogados profesores de Derecho se enrutaran en la búsqueda de los vestigios históricos de algunas instituciones jurídicas, en un esfuerzo por contextualizar el presente con el pasado, en aras de encontrar la razón de ser actual de tales instrumentos normativos nacionales. El valor agregado de dicho colectivo de docentes es la pertenencia de los mismos al grupo de investigaciones Instituciones Jurídicas y Desarrollo (IJUD) de la Pontificia Universidad Javeriana - Cali que, dicho sea de paso, tiene la experiencia de una publicación anterior sobre Historia del Derecho, lo que significa que los autores poseen cierto grado de experticia investigativa sobre el tema, circunstancia que mitiga las falencias de la praxis, por no ser historiadores puros y, por tanto, tal actividad constituye un punto a favor de su ejercicio académico.

Así entonces, el texto que se presenta a continuación es el resultado parcial de una investigación específica, realizada en coautoría por los profesores vinculados al IJUD y adscritos al departamento de Ciencia Jurídica y Política y en ejercicio docente de la Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali, y evidencia las dinámicas investigativas y comunicativas de integración disciplinar al interior del grupo, cuyo objetivo general fue *indagar sobre cómo desde la filosofía hermenéutica se pueden interpretar instituciones jurídicas colombianas en perspectiva histórica*, propuesta auspiciada patrimonialmente por la misma institución y enmarcada en un macro proyecto sobre la *hermenéutica gadameriana*. Así entonces, describiré sintéticamente cada uno de los resultados finales de esta particular práctica investigativa.

El primer capítulo titulado *La interpretación de la historia como parámetro epistémico para la investigación jurídica*, escrito por Liliana Ortiz Bolaños y Juan Pablo Domínguez Angulo, constituye un teórico y discursivo ejercicio de cómo la historia es una especie de requisito *sine qua nom* para

la comprensión del fenómeno jurídico; es decir, los autores plantean que para conocer la teoría del Derecho, aquella es un elemento crucial, por cuanto constituye la fuente fundamental de esta disciplina que, entre otras cosas, tiene por característica la interpretación.

Por su parte, Luis Freddyur Tovar y Lisbeth García Rubio, con su artículo denominado *La soberanía en Colombia: entre la teocracia y el ejercicio secular*, hacen un recorrido histórico sobre este fenómeno desde la colonia hasta la república del siglo XXI, mostrando que el concepto-estudio, como práctica social, ha evolucionado del dogmatismo teocrático medieval escolástico a la racionalidad secular; no obstante lo anterior, este devenir no se encuentra maduro sino en fase de consolidación y se agrava con lo que denominan *embriaguez democrática*, lo que ha generado que el ejercicio político-jurídico de la soberanía materialice lo que ellos califican como *aporías constitucionales*.

El capítulo tercero, realizado por Raúl Fernando Núñez Marín y María Alejandra Arévalo Moscoso, titulado *Análisis histórico sobre la incorporación del derecho internacional en las constituciones colombianas anteriores a la Constitución Política de 1991*, a partir de los textos preconstitucionales y constitucionales, estudian la recepción del Derecho Internacional en la naciente república colombiana. No sobra resaltar la vital importancia que el tema, aún desde la historia, reviste para la vida institucional nacional.

El capítulo cuarto, a cargo de los profesores Francesco Zappalá Sastoque y Claudia Lorena Esquivel García, denominado *Comparación histórica e institucional de los procesos de integración regional de la Unión Europea y Mercosur a la luz de las teorías de las relaciones internacionales*, es un ejercicio hermenéutico-comparativo de cómo el modelo europeo permite visuali-

zar elementos estructurales para la integración suramericana, dado que este sueño ha tenido varios intentos que no han producido sus frutos a nivel macro, sino que se han quedado en el esquema de la provincialidad grupal, sacrificando por ende el interés continental suramericano.

En el capítulo quinto, a cargo de Javier Felipe Hernández Osorio (abogado) y Diego Agudelo Grajales (filósofo y doctor en teología), los autores presentan bajo el título '*La libertad religiosa en las constituciones de Colombia (1821-1843)*' el recorrido de las luchas de nuestros antepasados por conseguir la emancipación religiosa escolástica medieval heredada de la colonia española en el periodo de estudio. Tan importante tema es tratado con la seriedad y rigurosidad que requieren las disciplinas filosófica, teológica y jurídica, como quiera que los autores comparten dichas capacidades intelectuales. El texto constituye, dado el bagaje académico y profesional de los autores, una gran síntesis reflexiva para disertar sobre este espacio temporal de la historia nacional.

En el capítulo sexto titulado *Esbozos históricos de la causalidad en la responsabilidad del Estado en Colombia*, los profesores Juan Pablo Domínguez Angulo y Liliana Ortiz Bolaños nos ilustran desde la teoría el origen del concepto-problema, y desde la práctica, con prolífica jurisprudencia del Consejo de Estado, la evolución de la misma. Como valor agregado, los docentes Domínguez y Ortiz reconstruyen históricamente los fallos judiciales en torno a la figura del caso, de la *ratio decidendi* y desde las reglas de la dogmática.

Por su parte, los profesores Iván Alberto Díaz Gutiérrez y Luis Freddyur Tovar, en el capítulo séptimo del presente texto con su trabajo titulado *Historia del Contrato de trabajo en Colombia*, nos inducen al recorrido desde lo internacional a lo nacional sobre esta figura jurídica, en un esfuerzo por demás de gran

contenido teórico, político y normativo, dada la sensibilidad que dicha institución tiene para el desarrollo social y que, en épocas remotas, fue mirada como un arrendamiento personal, lo que despertó el espíritu de libertad y rebeldía en procura de humanizar tal práctica, y que terminó con la legislación que dignifica a la persona dentro de esta categoría normativa.

Finalmente, en el capítulo octavo los profesores Santiago Dusán Laverde y Francesco Zappalá Sastoque, con su artículo *Brevísima historia del arbitraje en línea como medio de protección al consumidor en Colombia desde una perspectiva estrictamente legal*, realizan el recuento histórico de esa institución a nivel internacional con todo su fundamento teórico y regulativo, para concluir en la geografía jurídica colombiana, en donde la normatividad, si bien es incipiente, también es cierto que en muchos casos supera la internacional. En tal sentido, los autores describen y comparan la institución en un ejercicio de actualización contemporánea del concepto-problema.

Para quien estas líneas suscriben, es motivo de grata satisfacción haber fungido como líder coordinador del proyecto, lo cual me genera el deber de agradecerle a cada uno de los vinculados al mismo su disposición, entereza y generosidad por la colaboración para llevar a feliz término un sueño académico que comenzó como conversación de cafetería de algunos profesores del departamento, deseosos de sumergirse en las profundidades de la investigación histórica jurídica nacional. Esperamos que el esfuerzo aquí consignado sea de buen recibo por la comunidad académica y jurídica colombiana.

Luis Freddyur Tovar

Santiago de Cali, agosto de 2018



# LA INTERPRETACIÓN DE LA HISTORIA COMO PARÁMETRO EPISTÉMICO PARA LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Liliana Ortiz Bolaños\*

Juan Pablo Domínguez Angulo\*\*

## INTRODUCCIÓN

La investigación científica en Derecho ha representado históricamente, uno de los temas más complejos a los que pueda enfrentarse un teórico del Derecho<sup>1</sup>; los enmarañados caminos tienen que ver, entre otros elementos, con la dificultad para identificar el objeto de la investigación jurídica y los métodos que deben usarse para desentrañar el sentido del Derecho, tal como se deduce de los planteamientos de Larenz, Haba y Ferrajoli, entre otros<sup>2</sup>. A su vez, si se articulan conceptualmente

---

\* Doctora en Derecho, Investigadora junior de Colciencias, perteneciente al grupo 'Instituciones Jurídicas y Desarrollo', de la Pontificia Universidad Javeriana Cali, profesora de Hermenéutica Jurídica, Metodología de la Investigación Jurídica y coordinadora de trabajos de grado.

\*\* Abogado, especialista y magister de la Universidad Externado de Colombia. Estudiante de Doctorado en Derecho (Universidad Externado de Colombia).

1 Véase: Schuster, F. (2011). *Filosofía y métodos de las Ciencias Sociales*. Buenos Aires: Manantial.

2 Véase: Karl, L. (1994). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel.

Haba, E. (2006). *Metodología Jurídica Irreverente*. Madrid: Dykinson.

Sucar, G. (2008). *Concepciones del Derecho y de la Verdad Jurídica*. Madrid: Marcial Pons.

estos aspectos es necesario que se derive en la construcción de un concepto de Derecho que debe formularse desde una cimentación teórica que puede estructurarse desde la historia. Con esta declaración sobre la dificultad para encontrar las piezas que descubran el camino epistémico para la investigación en Derecho, es conveniente buscar una cercanía conceptual desde la visión pragmática de la interpretación histórica. Para lograr esta proximidad, además de los puntos comunes entre dos disciplinas (Derecho e historia) es necesario, además, partir de un enfoque meta-teórico que descubra una línea de pensamiento desde donde se pueda interpretar una multiplicidad de hechos históricos que podrían tener cercanía con la Ciencia del Derecho. Por ello, la pregunta de investigación desde la que se abordará el tema propuesto, será interrogar sobre ¿por qué la ciencia jurídica debe aprovechar las pautas epistemológicas conquistadas por la teoría de la interpretación histórica en su enfoque pragmatista?

El método que se sigue para abordar esta investigación es adoptar la teoría hermenéutica de Hans Georg Gadamer (2003), quien reconoce la necesidad de pensar el conocimiento desde un metalenguaje que se explica porque "la introducción de un sistema de signos convencionales nunca se puede efectuar mediante el sistema elegido en esas convenciones" y "en consecuencia, la introducción de un lenguaje artificial presupone ya otro lenguaje en el que se habla" (p. 56). Se trata del problema del metalenguaje. En Gadamer más allá del método, es posible pensar en el ideal de la "verificabilidad de todos los conocimientos". No obstante, reconoce "que este ideal se alcanza muy pocas veces y que los investigadores que aspiran a alcanzar ese ideal con la mayor precisión no suelen decirnos las cosas realmente importantes" (p. 56). Por ello, especialmente hace un llamado a las denominadas, ciencias del espíritu, para que desde esa "fundada desconfianza hacia un determinado tipo de trabajos científicos que muestra

demasiado a las claras, delante, detrás y sobre todo debajo (en las notas) el método con el que están hechos" (p. 57). De esta manera, debe reconocerse que ellas (las del espíritu) sí proveen resultados y estos pueden ser aún "más importantes y fecundos" y que quedarían "muy al margen del ideal de verificabilidad" (p. 57), en referencia expresa a las ciencias exactas y físicas.

Para ello, y recogiendo estos dos perfiles filosóficos y epistémicos (hermenéutica y ciencia) podemos analizar el problema en que se encuentra la epistemología del Derecho; así, si se quiere una metateoría que se encargue de estudiar los fundamentos epistémicos del conocimiento del Derecho no limitado solamente a la interpretación y ontología normativa (cuestión interna del Derecho), sino desde el conocimiento de teorías y su proceso de selección, de teorías rivales y, además, insertar en la racionalidad científica, la interpretación histórica. En consecuencia, el método es usar la comprensión y la interpretación de textos y teorías consolidadas que se han encargado de estudiar el concepto de interpretación histórica. Respecto a la metodología, se trata de articular diversas teorías que pueden tener espacios comunes, desde donde se puede ponerlas en contacto y, a la vez, intentar preguntar y establecer algunos elementos epistemológicos, especialmente relacionados con la interpretación de la historia, que pueden servir para la construcción del conocimiento en el Derecho.

Se abordarán los siguientes temas: presupuestos para la interpretación histórica en el Derecho; interpretación, un componente de la investigación en Derecho; papel del intérprete; la conciencia histórica; la dialéctica y la interpretación histórica; modelos usados en el proceso de conocimiento de la historia; la verdad en el proceso de construcción de la historia.

## 1. PRESUPUESTOS PARA LA INTERPRETACIÓN HISTÓRICA EN EL DERECHO

La historia de la teoría del conocimiento reconoce que la historia de la epistemología jurídica corre paralela a la historia de las ciencias en general. Podemos marcar un inicio en este recorrido, buscando en aquella idea, nacida en el Círculo de Viena, según cual, en cuanto corresponde a las ciencias como la física y matemáticas, sería posible diseñar algunos parámetros para la verificación y demostración, no así en las "ciencias del espíritu", lo que condujo a la demarcación entre ciencia y no ciencia<sup>3</sup>.

La fundamentación científica se desarrolló, desde esta perspectiva en la estricta separación entre sujeto que conoce y objeto susceptible de ser conocido y el valor de la verdad como correspondencia; esto es la relación directa sujeto – objeto<sup>4</sup>. Bajo esta concepción epistémica, es claro que quedaban por fuera ciencias como la filosofía, sociología, psicología y Derecho, entre otras. La restricción epistemológica de estas ciencias, era no poder realizar una verificación directa de la verdad o falsedad, respecto los objetos que conformaban la realidad. Tampoco era posible una demostración matemática de ellas, por medio de la deducción, por ejemplo. Por ello, el Derecho ha tenido que ir al vaivén del progreso epistémico de las ciencias físicas y exactas. Esto indica que ha sido necesario ir abriendo un camino para lograr una ubicación autónoma del Derecho como ciencia (no física, ni exacta), pero sí como ciencia que busca parámetros de "verdad", de "comprobación" y coherencia<sup>5</sup>, en una ciencia discursiva. Una forma para acceder a la construcción de la teoría jurídica es tomando en serio la interpretación

---

3 Véase: Sánchez, G. E. y Jaramillo Botero, H. (2006). *El Círculo de Viena*. Cali: Pontificia Universidad Javeriana.

4 *Ibid.*, p. 78 y ss.

5 Véase: Ballesteros, J. (2007). *Sobre el sentido del Derecho*. Madrid: Tecnos.

de la historia. Desde esta ubicación, se puede analizar, cómo debe pensar el intérprete la realidad, cómo acercar la verdad al conocimiento jurídico y cómo pensar en un aspecto razonable de la interpretación. La ciencia ha sufrido los embates de la compleja visión epistémica sobre cómo investigar la realidad física y cómo investigar la realidad creada (imaginada).<sup>6</sup> Dejando atrás el Círculo de Viena, el paradigma contemporáneo que tiene más adeptos, y una fuerte tendencia razonable hacia la interpretación, es el postempirismo. A partir de los postulados anunciados y del paradigma contemporáneo mencionado, se comprenderá el deber de la Ciencia del Derecho, de hablar en términos postempiristas, ubicados en una teoría de la interpretación histórica. Puede adelantarse la posibilidad de un puente epistémico entre la ciencia del Derecho y la interpretación histórica, con el fin de conseguir la creación de sentidos y significados entre puntos de vista disímiles y entrar en un concepto de verdad y de objetivación para el discurso jurídico<sup>7</sup>.

El postempirismo como una "concepción amplia de la ciencia, una idea subdeterminista de la relación con los datos y una teoría de la interpretación" (Schuster, 2011, p.51), persigue que la investigación en ciencias sociales tenga validez desde la interpretación de la realidad, para dejar de lado la idea de la verdad como correspondencia. Ello se logra, si se tiene vigente el concepto de teoría como base de la investigación en Derecho; es preciso un cuerpo teórico para lograr el conocimiento, en tanto la realidad ha dejado de ser conocible de forma directa. Se ha dado paso a la realidad interpretada; entre los represen-

---

<sup>6</sup> Ver igualmente, Mosterin J. (2013). *Ciencia, Filosofía y racionalidad*. Barcelona: Gedisa.

<sup>7</sup> El Círculo de Viena se integró, entre otros autores, por Schlick Carnap, Neurath y el grupo de Berlín con Reichenbach. Este grupo se desintegró en coincidencia con el final de la Segunda Guerra Mundial. Después de la Segunda Guerra Mundial surge el periodo clásico (concepción heredada) con Popper, Hempel, Goodman y Nagel. Posteriormente, nacieron las corrientes historicistas con Kuhn, Feyerabend, y Lakatos. Podemos mencionar también el estructuralismo metateórico: (Sneed). Stegmuller y el Empirismo constructivo de Frassen. El postempirismo con Mary Hesse. En Shuster, *Filosofía y métodos de las Ciencias Sociales*, Op. Cit.

tantes de este paradigma puede contarse Mary Hesse<sup>8</sup>. Para algunas disciplinas, y en términos generales, un investigador puede realizar estudios sobre la práctica, sobre la realidad, pero debe hacerlo tomando distancia de ella, cabe decir, interpretando la realidad. Putnam y Davidson han seguido esta línea de pensamiento, en relación con la idea de reconstrucción del pensamiento desde la referencia y no desde la cercanía de los hechos directos, propios de una realidad física. Este es el cambio de paradigma que las ciencias sociales han sufrido en los últimos años, que incluso abarca la epistemología de la física<sup>9</sup>. En esta nueva condición de la investigación como interpretación, corresponde al sujeto el protagonismo, siempre y cuando busque en la teoría, las razones de validez del conocimiento.

Las teorías jurídicas se han venido formando históricamente por el influjo de algunos métodos pertenecientes a las ciencias exactas, la física y las ciencias sociales; ejemplo de este acercamiento se pueden mencionar trabajos como: *La Teoría pura del Derecho* de Hans Kelsen y, en una época contemporánea, las teorías de la argumentación jurídica de Aarnio, Alexy o Dworkin. Hoy podríamos intentar la formación de una epistemología jurídica siguiendo los pasos de una de las teorías más aceptadas, la ya mencionada postempirista, que acerca la epistemología a la hermenéutica. Indica, además, la necesidad de usar las teorías de la interpretación que provienen de la filosofía, como la gadameriana, como una forma de pensar que es posible alcanzar la verdad y el compromiso con la argumentación. Con la salvedad de entender que las teorías sobre el Derecho deben comprenderlo como sujeto epistémico con vida propia y no prestada de otras ciencias<sup>10</sup>. Para salvar este escollo debe construirse una epistemología desde la transversalidad. Estas

---

8 Véase: Schuster, *Filosofía y métodos de las Ciencias Sociales*, p. 50

9 Véase: *Ibid.*, p. 53.

10 Véase: Robles, G. (2006). *El Derecho como texto. Cuatro estudios de teoría comunicacional del Derecho*. Madrid: Civitas.

formas de acceso al conocimiento no piden una simple acumulación de información, sino que sugieren la construcción de puentes epistémicos, a través de los cuales se puedan traducir conceptos de unas disciplinas a otras. La traducción en términos epistemológicos puede entenderse como el paso de un lenguaje (meta) a otro considerado de igual manera, tal como lo afirma Howard Sankey<sup>11</sup>. Desde esta teoría, el metalenguaje tiene la capacidad de comprender y explicar el sentido de los demás sublenguajes que integran particularmente las disciplinas. Además, a partir de esta comprensión, es posible construir conceptos para la ciencia jurídica. El conocimiento del Derecho, como en todas las disciplinas, se debe generar en un ir y venir de interpretaciones de teorías que pueden ser rivales o no. Esta manifestación de las teorías se debe realizar en un escenario metalingüístico que informe sobre conceptos abstractos, a través de los cuales se pueden crear nuevos conceptos jurídicos.

El intérprete de la ciencia del Derecho debe conocer el objeto de estudio (es decir, el Derecho) para luego exigir que algún concepto que se encuentra en el fondo de la interpretación pueda transformarse. De esta manera, podrá entender cómo conocer, comprender y articular teorías, para luego aplicarlas desde las diversas formas de análisis conceptual. Para ello, el intérprete debe construir razones (argumentos) que soportan una crítica a las teorías ligadas a la objetividad y no a la subjetividad. En ese uso de argumentos, dar y pedir razones como menciona Robert Brandom, se analiza cómo el intérprete debe recurrir a la hermenéutica y la teoría de la razonabilidad para soportar sus argumentos. La exigencia se encuentra en la estructura razonable y no subjetiva de la construcción y explicitación de razones<sup>12</sup>. El problema que surge de la creación y uso

---

11 Véase: Sankey, H. (2010). Ciencia, sentido común y realidad. *Discusiones Filosóficas*, 16(Enero-junio), pp. 41-58.

12 Véase: Brandom, R. (2002). *La articulación de razones. Una introducción al inferencialismo*. Madrid: Siglo Veintiuno.

de razones, se concreta en la posibilidad de pensar en que a través de la intervención de la interpretación histórica, pueda emprenderse un camino hacia la construcción de una epistemología del Derecho. La hipótesis de trabajo se encuentra en mencionar algunos parámetros que, desde la interpretación de la historia, pueden ser usados para lograr que la investigación en Derecho supere el conocimiento subjetivo, ligado a la realidad vista como la correspondencia de una idea con un hecho concreto, para luego encontrar que desde la historia se puede arribar a conceptos abstractos ubicados en un metalenguaje que puede contribuir a dar significado conceptual y a crear nuevas interpretaciones. Para lograr esto de manera más concreta, en primer lugar, el investigador debe ubicarse contextualmente, mediante una interpretación de la realidad (que corresponde al uso de la teoría hermenéutica). Igualmente, el intérprete debe usar la teoría sobre comprensión de textos, para lograr una interpretación razonable dada a través de la historia. Al arribar a este punto, el intérprete debe pensar en horizontes de sentido que puedan hacer de la historia, una historia efectual, en la que el pasado, el presente y el futuro se puedan articular conceptualmente; esta ha sido la preocupación de la teoría hermenéutica de Hans- Georg Gadamer<sup>13</sup>. Lograr que el intérprete realice preguntas al texto, que se van acumulando en una espiral ascendente de información y que cada vez vayan dando lugar a una comprensión más profunda del texto en sus múltiples posibilidades de significados. Esos significados se logran por una continua conexión lingüística entre el autor del texto e intérprete; se genera entonces, una cercanía semántica entre diversos significados que lograrían formar conceptos cada vez más complejos. A su vez, para lograr que varios conceptos se relacionen entre sí, se requiere, según Deluze y Guatari (1993), pensar en una multiplicidad de ellos, "no hay un concepto simple" (p.21). Esto significa que pueden existir múltiples signifi-

---

13 Véase: Gadame H. G. (2003). *Método y verdad*. Salamanca: Sígueme.

cados y aquí se puede conectar la teoría de los conceptos con la teoría hermenéutica, dado que todo concepto posee varios componentes de sentido y, por tanto, según Deluze y Guatari, “no existen conceptos con un componente único: incluso el primer concepto, aquel, por ejemplo, con el que la filosofía se inicia, tiene varios componentes” (p. 21).

Los contornos de los conceptos no se identifican, tienen una especie de “perímetro irregular, definido por la cifra de sus componentes” (p. 21), pero todos pueden relacionarse e interconectarse. Por ello, y esta es la relación que enlaza la interpretación histórica con la hermenéutica y la teoría de los conceptos tal como aquí se propone, “todo concepto tiene una historia aunque esta zigzaguee un poco, incluso llegue a discurrir por otros problemas o por planos diversos” (p. 23). En este punto, es posible relacionar algunas teorías sobre la interpretación histórica, con la construcción de contornos conceptuales que conduzcan a la interpretación integral y razonable tanto de hechos como de textos. Comprender el vínculo entre historia, lenguaje y conceptos forma parte de la condición epistémica que debe contener todo estudio que tenga relación con la investigación en Derecho, dado que entre los múltiples conceptos que existen sobre el Derecho, todos coinciden en un componente común: el lenguaje y, aún más, convertido en conceptos. Pero existe otro componente que es aún más indispensable en el conocimiento del Derecho: la historia.

Como se vio anteriormente, los conceptos y la historia pueden conectarse epistémicamente para lograr conocimiento. Este conocimiento surge, si se logra que la suma razonable de conceptos pueda derivar en teorías jurídicas, teorías que asuman el Derecho, desde un mundo ontológico y hermenéutico propio. Frente a la función de la historia como parámetro epistémico, el uso de la deducción no funciona, en tanto la historia posee múltiples sentidos y se articula desde variadas perspectivas y

además la historia no se caracteriza por la continuidad<sup>14</sup>. Por ello, debe cambiarse de “método” para estudiar la historia y mutar hacia la hermenéutica, por cuanto desde ella es posible comprender las contradicciones entre múltiples puntos de vista que pueden resultar irreconciliables, sobre todo, aquellos que conforman gran parte del Derecho, como los conceptos morales<sup>15</sup>. Sobre las distorsiones en la historia, Koselleck ha anunciado que aquella se conforma por discontinuidades y fracturas y generaciones que no se comprenden secuencialmente. En la historia, anuncia este autor, no existe la deducción y nada es posible de prever<sup>16</sup>.

## 2. INTERPRETACIÓN UN COMPONENTE DE LA INVESTIGACIÓN EN DERECHO

Para un primer acercamiento al estudio del Derecho, se debe empezar por una aproximación a las teorías que explican, desde una necesaria teorización y conceptualización, el objeto del Derecho, su función y cómo se debe realizar su interpretación y aplicación. Algunas teorías en las que los mundos epistémicos contemporáneos coinciden son: naturalismo, positivismo y realismo, en sus varias vertientes<sup>17</sup>. Aunque a partir de ellas se pueden desprender otras como: el positivismo incluyente y excluyente y el naturalismo racionalista<sup>18</sup>. Por ello, el primer paso para una investigación es la conceptualización y teorización. La novedad en la investigación es la posibilidad de articular diversas teorías para lograr parámetros objetivos de interpretación.

---

14 Véase: Koselleck, R. (1993). *Historia y hermenéutica*. Barcelona: Pensamiento contemporáneo 43.

15 Sobre el particular ver Dworkin, R. (2011). *La justicia para erizos*. México: Fondo de Cultura Económica.

16 Véase: Villajosana, J. (2007). *Identificación y justificación del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

17 Véase: Viola, F. y Zaccaría, G. (2007). *Derecho e Interpretación. Elementos de Teoría Hermenéutica del Derecho*.

18 Véase: Waluchow, W. (2007). *Positivismo jurídico incluyente*. Barcelona: Marcial Pons.

Josep M. Vilajosana explica que investigar en Derecho, es construir y comprender cada una de estas escuelas que dependen de una historia institucional de cada sociedad<sup>19</sup>. Es claro para Vilajosana que no todos estos paradigmas sobre el concepto de Derecho pueden coincidir, pero sí puede anotarse que en algunos elementos pueden tener cercanía y ello se debe, principalmente, a la dependencia de la historia<sup>20</sup>. El autor, manifiesta que los miembros de una comunidad, difícilmente pueden tener una moral compartida, pero que se puede comprender cómo esta cambia a través del tiempo y se puede ver así el contenido distinto y la variación en el tiempo.

Un acercamiento a la teoría de la historia implica su discontinuidad, existen puentes que no obedecen a un método deductivo que no puede responder ante sucesos históricos precisos, sino que corresponde a miles de fracturas generacionales<sup>21</sup>. Ahora bien, para lograr una razonable comprensión de los hechos históricos, la hermenéutica y el postpositivismo coinciden en poner de frente la imperiosa interpretación de los hechos y no la mera observación, en una formación del “pensar” más allá de los hechos considerados en sí mismos. Aquí podemos reconocer que la historia no cuenta un solo concepto, un solo y único punto de vista, sino múltiples. Existe imbricación de conceptos, de conocimiento, de relaciones sociales etc. Esta forma hermenéutica de encontrarse con la historia refleja mundos dispersos, contradictorios, que deben comprenderse pasando por las manos de la comprensión e interpretación de variedad de lenguajes que se fusionan desde la temporalidad. Es como si cada concepto pudiese superponerse a otro ya existente. La idea de la interpretación se soporta sobre esas capas acumuladas, pero disímiles; por tanto, una interpretación de la historia

---

19 Véase: Villajosana, J. (2007). *Identificación y justificación del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, pp. 46 y 47.

20 Véase: *Ibid.*, pp. 47 y 63.

21 Véase: Koselleck, *Historia y hermenéutica*, p.1997.

última y final no es posible. Por ello, pueden determinarse algunos elementos que la interpretación de la historia prevé para articularlos a la interpretación en el Derecho.

### 3. PAPEL DEL INTÉRPRETE

El primer elemento que puede conducir a la creación de una teoría histórica desde el paradigma postempirista, es considerar el papel del sujeto que investiga y su relación con el objeto, con el contexto. A su vez, la formación de una relación de significación, que el primero otorga al segundo, debe analizarse desde el sujeto como capaz de ver la realidad directamente, o si necesita pasar por el filtro de la interpretación para, a partir de este postulado, pensar en que es posible considerar cada uno de los elementos necesarios para hacer una investigación desde la historia, como confluencia de disímiles puntos de vista. Primero se requiere un intérprete inmerso en el objeto, pero con la capacidad de tomar distancia de él, con el fin de arribar a la verdad. En segundo lugar, debe comprenderse el contexto donde está ubicado el intérprete; sobre el particular, Hugo Zemelman (1992) en "los horizontes de la razón", está de acuerdo en que la teoría del conocimiento implica hoy, "reflexionar sobre la conciencia lúcida y su desarrollo a lo largo de la historia" (p. 23). Esto significa que algo tiene que ver la conciencia del intérprete, como referente unida al concepto de ciencia y así el intérprete tendría una relación con el conocimiento de la historia, no directamente, sino mediada<sup>22</sup>. Ahora bien, ¿qué significa tener conciencia? Y como esta es un referente epistémico: "implica enriquecer la historia de la ciencia en el marco de una historia de la conciencia que esclarezca los puntos en que convergen y difieren" (p. 24). Implica, además, interpretar y formar sentido desde el contexto. La conciencia se va for-

---

<sup>22</sup> Véase: Zemelman, H. (1992). *Los horizontes de la razón. II Historia y necesidad de utopía*. México: Anthropos, Siglo del Hombre, p. 24.

mando porque responde a un proceso de "constitución categorial del pensamiento, entendido como un proceso histórico-cultural" (p. 24). El investigador debe, según Zemelman buscar las anomalías y cambiarlas<sup>23</sup> en un proceso de rompimiento con los anteriores paradigmas, en un proceso de construcción y en expresa vinculación con la participación del investigador con su "conocimiento acumulado" y no solamente de la nuda realidad<sup>24</sup>, entendiendo que una exigencia de la ciencia es el proceso de racionalidad y razonabilidad de múltiples razones.

La realidad interpretada y la conciencia se funden en el investigador mediante muchas formas de apropiación, además de la cognitiva<sup>25</sup>. "Algunas de ellas, son parte de la simple capacidad de observar y pensar, mientras que otras, dan lugar a la construcción de objetos, cuya función explicativa queda ubicada en los límites de un esfuerzo cognitivo en sentido estricto"<sup>26</sup>. Con los anteriores elementos epistémicos, Zemelman va ubicando al intérprete con "conciencia de investigador", dentro de un ámbito más amplio: "la conciencia histórica", con el fin de entender la conciencia en términos generales, como el hombre ubicado, con perspectiva hacia sus circunstancias y de cara a la razón, siendo esta última la encargada de desviar el pensamiento de la especulación y de la subjetividad<sup>27</sup>. Para lograr la conciencia histórica, la razón debe vincularse con el concepto de transformación<sup>28</sup>. La historia le daría al intérprete o investigador, la posibilidad de usar la ya conocida premisa kantiana de "su propio entendimiento" (p. 35), para saber ubicarse en procesos históricos y diferenciarlos.

---

23 Véase: Ibid., p. 24.

24 Véase: Ibid., p. 24..

25 Véase: Ibid., p. 24..

26 Véase: Ibid., p. 24.

27 Véase: Ibid., p. 26.

28 Véase: Ibid., p. 26.

La historicidad de la conciencia se convierte así, en un criterio básico para enfocar la discusión epistemológica sobre la relación del intérprete y la realidad, en tanto, plantea claramente el problema interpretativo-epistémico que se nutre de la relación entre el conocimiento y conciencia, y que representa la posibilidad de dar significado a las circunstancias<sup>29</sup>. Desde estos planteamientos, podría pensarse que Zemelman aparta la condición teórica en el proceso del conocimiento, pero no es así; intenta despejar la duda de la relación entre el pensar y el saber. En búsqueda de una “no subordinación de aquel a la explicación” (p. 27). Aquí incorpora el concepto de explicación como descripción de la realidad, desde la racionalidad, y se decanta por pensar más bien en que la realidad pueda ser conocida desde el “pensar” como un apartarse de lo conocido, de lo dado, y llevarlos allende los límites de ese conocimiento<sup>30</sup>. Este proceso se realiza desde el uso de la conciencia que permite “la ampliación del mundo de lo empírico” (p. 27); a su vez, esta ampliación supone que el intérprete conoce las actividades y acciones que los seres humanos realizamos en la sociedad y que la conciencia del investigador debe dirigirse a la interpretación del conjunto de “redefiniciones y estructuraciones que resulta de la nueva información que dispone de su realidad” (p. 27). Se trata, en todo caso, de una invitación al intérprete a integrarse bajo el significado histórico en un campo abierto del conocimiento, no a un condicionamiento de lo dado, de lo conocido (usado de forma descriptiva).

Esta información se complejiza y puede provenir de, por ejemplo, “lenguajes heterogéneos” o contenidos disímiles sobre las necesidades o intereses de la sociedad, o “las discontinuidades entre las esferas de la realidad” (p. 27), las continuas fracturas podrían afectar la relación intérprete-realidad-historia. El su-

---

29 Véase: *Ibid.*, p. 26.

30 Véase: *Ibid.*, p. 28.

jeto que interpreta contará, entonces, con mucha información que le servirá para pensar de forma significativa e histórica la realidad; este pensamiento implicaría que el intérprete no puede quedar con nada que no haya tenido la intensión y conciencia de conocer y pensar (en forma crítica). De aquí deriva una consecuencia: Zemelman vuelve la mirada a la complicada relación epistémica "sujeto-objeto", poniendo el acento más al pensar que al conocer. Esta relación se expresa en "la exigencia de reconocer lo potencial: rescatar lo virtual de la realidad, de manera que favorezca nuevas formas de organización racional" (p. 28). Este vínculo entre "conocimiento y conciencia", se crea por obra de la historicidad; según esta teoría, desde ella se logra ir más allá de los límites de lo teórico y cognitivo<sup>31</sup>. A través de la historicidad se puede pensar en la relación entre lo "dado y lo dándose", entre lo que ha existido como conocimiento y lo que se proyecta, lo que acontece. Aquello que se concibe como "lo dado" reconoce aquello verificable en la realidad y que es finalmente acumulación y lo "dándose" que significa el uso de "un conjunto de requerimientos de potencialidad propios de las exigencias de objetividad que plantea la realidad en movimiento" (p. 28). Por ello, puede afirmarse, que lo dándose es la apertura conceptual, aquella que se logra pensando más allá de lo consolidado, de lo dogmático. La conciencia debe comprender la historia como aquella que daría cuenta del movimiento, de los cambios, de las dispersiones, etc., el pensar en la historia sería concebida como aquella condición que no permanece estática, que se modifica y que obliga a reflexionar de forma disímil a la idea del positivismo ligada a la "*verdad como correspondencia*". Zemelman considera la teoría como esa forma organizada y controlada de describir y explicar la realidad; por tal razón, la historia es una parte de esa realidad, pero comprendida mucho antes de ser formalizada como teoría. La teoría tendría límites formales, mientras que la historia es vista

---

31 Véase: Ibid., p. 29.

como multiplicidad de opciones. Desde esta teoría, "la historia puede ser concebida como una realidad compleja que va más allá de las teorías dadas y que tiene la capacidad de generar cambios" (p. 29). Desde Zemelman, la historicidad cumple el papel de mirar hacia "*lo posible*" en un ver más allá de la teoría que evalúa e ir más allá de los conceptos que la conforman; el análisis de la historia no permite una comprensión estática, de las circunstancias, pero sí accede a buscar "anomalías" y "reconocer nuevas realidades" (p. 29). Esto obliga a buscar nuevas condiciones del pensar, entrando en un nivel de potencialidad de aquello desconocido y aún no valorado.<sup>32</sup>

Como parámetro epistémico, la historia logra síntesis entre lo dado y lo dándose, entre lo conocido y lo desconocido. En este punto, Zemelman coincide con Koselleck, en que la historia no deviene, no se deduce, sino que se interpreta desde las diferentes fracturas generacionales. El conocimiento, entonces, debe ir más allá del paradigma existente, en vía a descubrir aquello que está fuera de lo ya pensado. Bajo la teoría de Zemelman, lo dado conocido debe ser comprendido como aquello que será como un "razonamiento para lo no-conocido" (p. 30). Para lograr este pensamiento sobre la historia, se requiere de un intérprete con la capacidad de ser sujeto creador, "crítico y consciente, que organice una forma de razonar desde la garantía hacia lo nuevo e insólito"(p. 30), en cuanto posibilidad, en cuanto apertura. Zemelman, usa los contornos, como posibilidades para lograr, a su vez, otros contornos disímiles y otros contenidos. Aquí habría una clara relación con el planteamiento ya anunciado de Deluze y Guattari, respecto a la conformación de conceptos en el uso de los límites conceptuales. Estos pueden unirse y producir nuevos conocimientos. Así Zemelman no se acerca tanto a la fundamentación del conocimiento como "en potenciar la facultad de reconocimiento de lo dándose; esto es,

---

32 Véase: Ibid., p. 30.

vislumbrar horizontes posibles de conocimiento y/o acciones para sensibilizarnos ante el momento histórico y también ante estructuras teóricas y valóricas que se expresan en particulares organizaciones conceptuales” (p. 30). Zemelman consigue cambiar el concepto tradicional de objeto y de realidad, por la idea de ser conformados por pensamientos y conocimientos que cambian cada vez; para ello se requiere “*formar juicios*”, que contengan una base categorial como referencia, desde la cual se formulan<sup>33</sup>. La concreción de la capacidad histórica se hace efectiva a través de la conciencia histórica que tiene la función de captar la posibilidad de significados tanto transcurridos como potenciales.

#### 4. LA CONCIENCIA HISTÓRICA

La conciencia histórica como elemento integrante de la filosofía hermenéutica, es la “capacidad de reconocimiento de horizontes que no se circunscriben a la lógica de determinaciones conceptuales formalizadas” (p. 31). La conciencia en todo caso, se desata por la idea de pensar en “abrirse al contexto en que están situados tanto el problema como el sujeto que conoce” (p. 31). Esto es, el sujeto que piensa y conoce debe incluir todo aquello que sea potencialmente susceptible de ser histórico, de ser contado y también de ser posible. Por ello, de alguna manera al parecer en Zemelman esta concepción de la conciencia histórica tiene que ver más con la epistemología que con la teoría. En este punto, si se entiende bien a Zemelman, se opta por la creación de conocimiento que por el conocimiento ya establecido e inerte. Al decir de Zemelman, aquel estaría “orientado hacia la realidad antes que a su explicación” (p. 31). Y se va formando en una apertura entre la dicotomía determinado e indeterminado. De tal forma que la construcción de conoci-

---

33 Véase: Ibid., p. 31.