



● ARTÍCULO 10 · ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

Importancia de las fuentes del derecho para el ius naturalismo, ius positivismo y realismo jurídico

Importance of the sources of law for natural law, legal positivism and legal realism

MARÍN ABANTO, Diana*

RESUMEN

El objetivo fue determinar la importancia de las fuentes del derecho para el iusnaturalismo, el iuspositivismo y el realismo jurídico. Para ello, se usó una metodología dogmática jurídica con enfoque cualitativo. Se prescindió de muestra y se trabajó con fuentes documentales y la técnica de análisis documental. Se analizaron dichas corrientes filosóficas, mediante los paradigmas establecidos en las obras documentales de Aristóteles y Sófocles, la «Teoría pura» de Hans Kelsen y «Realismo» de Holmes, Pound y Hägerström, entre otros, complementadas con doctrina actual. Pues, estas sirvieron como base para el desarrollo de lo que hoy se conoce como ius naturalismo, ius positivismo y realismo jurídico. Así, se intentó compararlas y establecer qué fuente del derecho tiene mayor peso en cada una de ellas, a fin de entender sus implicancias en los ordenamientos jurídicos. Se concluyó que los principios generales del derecho son clave para el iusnaturalismo; la ley, para el iuspositivismo; y, la jurisprudencia para el realismo jurídico. De ahí que, cada una tenga un desenvolvimiento distinto en los ordenamientos jurídicos de cara a la protección de los derechos.

Palabras Claves — ius naturalismo, ius positivismo, realismo jurídico, derecho.

ABSTRACT

The objective was to determine the importance of legal sources for natural law, legal positivism, and legal realism. To this end, a dogmatic legal methodology with a qualitative approach was used. No sample was used, and the research relied on documentary sources and documentary analysis techniques. These philosophical currents were analyzed through the paradigms established in the works of Aristotle and Sophocles, Hans Kelsen's "Pure Theory," and the "Realism" of Holmes, Pound, and Hägerström, among others, complemented by current legal doctrine. These served as the basis for the development of what is now known as natural law, legal positivism, and legal realism. Thus, an attempt was made to compare them and establish which source of law carries the most weight in each, in order to understand their implications for legal systems. It was concluded that the general principles of law are key to natural law; the law, according to legal positivism; and jurisprudence, according to legal realism. Therefore, each develops differently within legal systems with regard to the protection of rights.

Key words — natural law, legal positivism, legal realism, law.

SUMARIO

I. Introducción · II. Métodos y técnicas · III. Análisis del iusnaturalismo bajo la filosofía del derecho · IV. Análisis del iuspositivismo desde la filosofía del derecho · V. Análisis del realismo jurídico desde la filosofía del derecho · VI. Implicancias del Iusnaturalismo, Iuspositivismo y Realismo jurídico en los ordenamientos jurídicos · VII. Conclusiones · VIII. Lista de Referencias.

* Abogada por la Universidad Privada del Norte. Magíster en Derecho Civil Empresarial por la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo. Litigante en materia de derecho civil. Especialista en metodología de la investigación y asesoría de tesis. Docente de la Facultad de Derecho en la Universidad Privada del Norte. Ganadora de concursos de investigación, escritora de artículos científicos y ponente en eventos académicos. Exasesora académica del Centro de Investigación de los Estudiantes de Derecho (CIED) de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco. Miembro de «Derecho & Empresa» y «Ius Civilis». Código ORCID: 0009-0004-6221-9953. Correo electrónico: dianamarinabogada@gmail.com.

I. Introducción

A lo largo de la historia del Derecho, es sabido que la filosofía jurídica ha sido la primera que ha buscado encontrar una concepción teórica que explique la naturaleza del Derecho, con el fin de saber cómo fundar y entender las instituciones jurídicas y normas necesarias en una sociedad. En ese entendido, la filosofía ha dado pie a corrientes como el Iusnaturalismo y el Iuspositivismo, las primeras en explicar al Derecho y por consecuencia, las primeras en estar presentes en muchos de los ordenamientos jurídicos actuales. Sin embargo, frente a estas, en la filosofía jurídica ha venido surgiendo otra corriente jurídica como es el Realismo jurídico.

Si bien, muchos juristas se han dirigido hacia todas estas para encontrar una explicación sobre la esencia del Derecho, pocos lo han hecho para responder a la pregunta: ¿Cuál es la importancia de las fuentes del derecho para el ius naturalismo, ius positivismo y realismo jurídico?, a fin de comprender los paradigmas que presentan de cara a la protección de los derechos de las personas. Así, la metodología usada es el enfoque dogmático – jurídico, nivel descriptivo, aplicando la técnica del análisis documental y el método de análisis deductivo. En tal sentido, en la presente se busca responder a dicha pregunta al tomar como unidades de análisis a los postulados de dichas corrientes, a partir de sus principales pensadores y el contenido de obras de la filosofía del Derecho, como se verá. Para ello, se empezará desarrollando las ideas clave de cada corriente, por medio de las obras de Aristóteles, Sófocles, Von Jhering, etc., luego se emprenderá su análisis a partir de doctrina y así arribar a conclusiones.

II. Métodos y técnicas

La presente investigación se desarrolló bajo un enfoque cualitativo, el cual parte de la apreciación subjetiva de la realidad vinculada al problema, siendo la unidad de análisis la cualidad detectada en dicha realidad, de la cual se extrae categorías y se reconoce la existencia de una relación sistémica y estructural entre sus partes y al confrontar sus categorías conceptuales.

En tanto, el método de análisis fue el deductivo, mediante la revisión de obras filosóficas donde yacen paradigmas aceptados en la construcción de las corrientes abordadas (iusnaturalismo, iuspositivismo y realismo jurídico), con el cual se pudo arribar a un análisis y conclusiones en relación a sus implicancias en los ordenamientos jurídicos actuales, es decir en cuanto a su uso, funcionamiento y utilidad en la comprensión del Derecho y su desenvolvimiento en los marcos normativos para proteger los derechos de las personas.

Asimismo, se usó el método argumentativo y dogmático jurídico que consiste en elaborar un razonamiento estructurado y coherente que permita sustentar o impugnar una postura bajo fundamentos normativos y racionales, con el fin de persuadir acerca de la validez de una determinada interpretación o de la pertinencia de una solución frente a un conflicto jurídico, sea teórico o práctico.

La técnica de recolección de datos que se utilizó fue el análisis documental y la sistematización de información, a partir del examen de literatura doctrinaria nacional e internacional sobre las teorías filosóficas indicadas. El instrumento fue una ficha de análisis y sistematización documental para organizar y clasificar la información obtenida.

III. Análisis del iusnaturalismo bajo la filosofía del derecho

Respecto a esta, a la luz de clásicos filósofos que desarrollaron la idea de un Derecho natural, como un concepto diferente al de Derecho positivo, es preciso comentar que esta aparece por primera vez en la obra «Ética a Nicómaco», escrita por Aristóteles en el siglo IV a.C. y en virtud a la cual este es conocido como el padre del Derecho natural, a continuación su análisis.

Análisis de la obra «La ética a Nicómaco» de Aristóteles

Para adentrarse en el estudio de la citada obra, es preciso dar algunos datos sobre el mismo. Así, según algunos investigadores, como Meléndez (2013), la «Ética a Nicómaco», obra escrita por Aristóteles, se trata de uno de los primeros tratados conservados sobre ética y moral de la filosofía occidental. Es el más importante en el desarrollo de una definición de la ética aristotélica, el cual consiste en diez libros, originalmente pergaminos, basados en las notas de los discursos del citado filósofo en el Liceo. Dicha obra se refiere al hijo de Aristóteles; sin embargo, no desarrolla diversos temas de la ética aristotélica y los primeros atisbos del Derecho natural.

En ese sentido, en su capítulo VII dicho filósofo planteó al Derecho natural por primera vez, que traducido al español por Pallí (1993) refiere que la justicia política puede distinguirse en dos tipos: la natural, que emana de principios universales e inmutables y mantiene su validez sin depender de la voluntad humana; y la legal o convencional, que responde a acuerdos específicos y cuya fuerza varía según las costumbres de cada sociedad. Aunque algunos sostienen que toda justicia es convencional porque las normas humanas cambian, existe una justicia natural que, pese a ser mutable en su interpretación, se basa en criterios intrínsecos (al igual que la mano derecha es normalmente más diestra por naturaleza), mientras que la justicia legal refleja acuerdos humanos y, al igual que los sistemas políticos, difiere de un lugar a otro.

A partir de este pasaje, se puede ver que Aristóteles establece una distinción en el interior de la justicia política entre dos especies de justicia; de un lado, una natural; y, de otro lado, una legal. Así, explica que es natural la justicia que tiene la misma fuerza en todos los lugares y que no depende de esta o de aquella opinión; en tanto que, la justicia legal es la que puede originarse indiferentemente aquí o allí, pero que, una vez establecida, se impone. En ese tenor, Aristóteles establece importantes consideraciones al respecto, las cuales son:

- Que, en el parecer de algunos, toda prescripción de orden jurídico pertenece a la llamada justicia legal.
- Que, pertenece a la justicia legal por el simple hecho de que la propia idea de lo natural remite a un carácter necesariamente inmutable y posee, en todos los lugares, la misma fuerza.
- Que, eso deriva del hecho comúnmente admitido de que el derecho [positivo] es susceptible de sufrir variaciones.
- Pero, para Aristóteles, tales afirmaciones no son del todo verdaderas; el derecho no es esencialmente variable, pues entre los dioses, por ejemplo, la justicia es, en sí misma, inmutable.
- Que, entre nosotros, en nuestro mundo sublunar, hay espacio para algo así como lo justo «natural», aunque susceptible de sufrir cambios.
- Sin embargo, es posible distinguir entre lo que es natural y lo que no lo es, y entre las cosas que están sujetas a variación se puede observar cuáles de ellas son naturales y cuáles son por ley o convención. Que, por ello, tanto unas como otras son susceptibles de sufrir variaciones.
- Ni las reglas de derecho que descansan en la convención y en la conveniencia, ni las que no se fundan en la naturaleza pero dependen de los hombres, son las mismas en todos los lugares, en la medida en que la propia constitución tampoco existe por naturaleza.
- Y que, para que exista solo una constitución, esta es, en todos los lugares, la mejor.

Aristóteles no distingue dos tipos de justicia en términos de su mutabilidad, debido a que, aunque las leyes positivas (la justicia legal) sean cambiantes, las leyes naturales no están totalmente libres de cambio o pueden variar.

Es más, citando a autores que comentan la obra, como Buckle (1995), indican que Aristóteles expresa sus ideas sobre el derecho natural con algunos ejemplos en este pasaje, que refiere que algunos creen que la justicia solo proviene de acuerdos humanos porque lo natural es inmutable y constante, pero es cierta en parte, pues aunque todo puede cambiar hay principios de origen natural que inspiran ciertas normas, mientras que otras dependen de convenciones sociales, susceptibles de variación. Esta distinción se refleja también en fenómenos como la fuerza de la mano derecha, natural pero entrenable para alcanzar destrezas ambidexas (Pallí, 1993).

Análisis de la obra «La física» y «La Retórica» de Aristóteles

Seguidamente, en otra de sus obras, «La física», se evidencia su interés por los fenómenos biológicos y por un modelo biológico de explicación de los procesos naturales. Así, para Aristóteles, la naturaleza de una cosa es su principio interior de cambio y un cambio será natural si es obra o creación de este principio interior. En ese sentido, trata de explicarlo con un ejemplo: el caso del crecimiento orgánico de una planta que cambia con el tiempo desde la semilla al plantón y a la planta madura, antes de secarse. Bajo la filosofía de Aristóteles, estos cambios serían naturales, al ser obra de principios internos que rigen su desarrollo y eventual degeneración, los que se distinguirían de otros cambios resultantes de factores externos, como los posibles efectos de una intervención humana, tanto beneficiosos como perjudiciales.

Bajo ello, se puede reflexionar que lo natural o real no implica que sea inmutable; solo requiere que los cambios tengan lugar luego de la dinámica interior natural de un ser. Se puede distinguir entre lo natural y lo que no es natural, siendo que, de las cosas que están sujetas a variación, se puede observar cuáles de ellas son naturales y cuáles son ley o convención, lo cual se ilustra mediante el ejemplo de la capacidad de ser ambidiestro que nos pone Aristóteles. Sin embargo, las reflexiones a las que nos hace llegar Aristóteles sobre el Derecho natural, en su obra «Ética a Nicómaco», no son más que una pequeña anticipación del tratamiento más expreso que realiza del mismo en otra de sus obras, «La Retórica», tal como se verá a continuación.

De los pasajes de la indicada obra, los esfuerzos de Aristóteles por diferenciar el Derecho natural del legal parten de la premisa de justicia. Así, de una traducción se refiere que la injusticia es la realización intencional de un daño en violación de una norma. A su vez, las normas se clasifican en particulares, las escritas que rigen en cada ciudad, y comunes, los preceptos no codificados que cuentan con aceptación unánime entre los diversos pueblos (Racionero, 1990).

Ello permite reflexionar sobre la existencia de leyes que dirigían el actuar humano de ese entonces, hasta el punto de establecer cuándo se está haciendo daño y cuándo no; y, a la vez, los tipos de leyes existentes. Por un lado, leyes particulares y, por el otro, las comunes. A la primera le otorga una significación relacionada con el Derecho positivo; pero no del todo cierta, pues es sabido que esta otra teoría va más allá de si la norma está escrita o no, y tiene que ver más con la validez de la misma. En tanto, la ley común es identificada como la que no está escrita y que es concertada por todos los pueblos, sin mencionar un lugar en específico.

Análisis del mito «La tragedia de Antígona» de Sófocles

Finalmente, para encontrar qué tipo de leyes refiere Aristóteles, al tratar el tema de la ley común y particular, es preciso complementar con pasajes de un mito de Sófocles, «La tragedia de Antígona», que cuenta el mito de Antígona, hija de Edipo y Yocasta, que tras el enfrentamiento de Eteocles y Polinices, sus hermanos, este último muere y, obedeciendo a sus sentimientos de amor fraternal, Antígona va a sepultarlo contradiciendo el decreto del rey Creonte que lo prohibía, siendo condenada a muerte, ante lo cual mejor se suicida (Sófocles, 2001).

Dicha obra ha sido comentada por muchos filósofos, como Friedrich Hegel, quien, explicado por Cruz (2012), indica que Antígona es el paradigma de la piedad y del culto a la unidad de la familia, lo cual se evidencia cuando esta siente la necesidad de dar sepultura a su hermano fallecido, pues el acto de enterramiento era visto como el modo de devolver al muerto a los ancestros o al ámbito de su familia.

Así, para Friedrich Hegel, la única razón que Antígona aduce en su favor para defenderse es la inviolabilidad de las leyes divinas, las cuales cimientan el sentido del individuo en comunidad; es más, se establece que la validez de tales leyes es universal, que se extiende desde el ámbito de los dioses olímpicos (con Zeus a la cabeza) hasta la región del Hades, no habiendo sitio en el universo donde pueda darse una excepción a tales leyes no escritas. Es más, este cita algunos pasajes de la indicada obra para explicar mejor su posición, como cuando Antígona rechaza la autoridad de Creonte al afirmar que ni Zeus ni ningún otro dios, y mucho menos un mortal, pueden imponer leyes que contradigan las normas divinas, eternas e inmutables, y por ello no teme sufrir castigo por desobedecer decretos humanos que entran en conflicto con esas leyes superiores (Sófocles, 2001).

A partir de ello, sobre la naturaleza de las leyes no escritas, al parecer del Derecho natural se puede asumir que ellas son reglas universales del obrar moral, impresas por la naturaleza en la conciencia humana. De manera que, en la obra se llega a ver una gran individualidad moral de Antígona por las leyes no escritas, divinas y grabadas en el corazón humano. De esa forma, se ve cómo los grandes autores griegos creyeron siempre que estas leyes no eran dadas por los hombres.

Se puede concluir que una de las fuerzas que empujaba al rey Creonte no es totalmente legítima; y que, aunque la ley civil era necesaria en el orbe ético, se hallaba en un rango inferior al de la ley natural de la familia, por la que se movía y actuaba Antígona en el mito. De esa manera, Sófocles trazó un combate de ideas entre las leyes divinas, que son santas e inviolables, y las leyes civiles, que son útiles y oportunas. Las primeras, obedecidas por Antígona, quien paga con su vida por ello. Las segundas, establecidas por hombres que, como el rey Creonte, las imponen autoritariamente, aunque lleven la ruina moral a su propia casa; es decir, el drama plantea si deben obedecerse las leyes humanas o las divinas, si son más importantes las leyes escritas que las no escritas; llegándose a establecer que solo las divinas han de ser obedecidas por razón de la naturaleza del ser humano, correlacionada con la divinidad que las imparte. Por ende, bajo dicha teoría, las leyes deben adecuarse al orden ideal o de la naturaleza, de tal manera que para su corrección se debe recurrir a los criterios de justicia que son inherentes al Derecho natural.

Es decir, desde los discursos de Aristóteles en sus distintas obras, se introduce la distinción entre ley particular y ley común: se entiende por ley particular a la ley definida en cada pueblo tomando su especificidad, escrita o no, y la común es la ley concertada por todos los hombres en todos los pueblos, que no está escrita y es universal; hasta el mito de Antígona de Sófocles, que plantea si deben obedecerse las leyes humanas o las divinas, cada una con características propias, donde esta última es la superior. Se puede decir que el Iusnaturalismo, en su forma primitiva y clásica, propugnaba una doctrina jurídica basada en que el Derecho está compuesto por el conjunto de leyes o principios universales morales que debían regir por sobre cualquier otra, en tanto aquellas devenían de la propia naturaleza del ser humano.

Por tanto, bajo nuestra consideración, la fuente del derecho que se acerca más a los postulados de la teoría filosófica jurídica del Iusnaturalismo, con un grado de importancia superior, son los principios generales del Derecho, pues estos se originan en principios morales universales, aunque hoy deben entenderse como aquellos que, si bien tienen sentido moral, solo serán Principios Generales del Derecho en la medida en que sean necesarios para el Derecho.

En ese sentido, son postulados de orden moral, de relevancia para el Derecho, con los que se han de dirigir el actuar de los operadores del Derecho en su aplicación de las normas; y que, bajo la doctrina del Iusnaturalismo, aparecen como una de las fuentes de Derecho de mayor importancia, al tener su origen moral, así como su existencia universal más allá de un territorio específico; pero, sobre todo, por el hecho de que devienen de la naturaleza del ser humano y del orden de las cosas en la naturaleza, bajo las cuales se imponen a otras normas.

— IV. Análisis del iuspositivismo desde la filosofía del derecho

Si bien en el apartado sobre el Iusnaturalismo no se indicó que esta corriente de pensamiento tiene deficiencias, es preciso precisar ello para entender el origen del Iuspositivismo en las falencias del iusnaturalismo. Así, es sabido, a partir de diversos autores críticos del Iusnaturalismo, que esta presenta como principal deficiencia el hecho de ser poco objetiva, lo cual deviene del hecho mismo de su esencia, es decir, por originarse por orden de la naturaleza humana; pero, sobre todo, por considerar al derecho como el conjunto de principios morales de corte universal, lo cual evidencia un grave problema en el ámbito jurídico, en el sentido de que hace que el derecho se convierta en poco objetivo y más abstracto, e incluso subjetivo. Lo cual se da porque, al considerar a la moral como base de su construcción del Derecho, se cae en la falacia de creer que hay principios aceptados en toda sociedad, conocidos por todos y que son los mismos en todo lugar, pues ello solo genera que no se sepa cuándo está siendo infringido el ordenamiento jurídico. Así, el Iusnaturalismo se presenta como una corriente filosófica de carácter gaseoso, al ser sus postulados abstractos, que pueden cambiar de un momento a otro, según la concepción de su aplicador y/o de las situaciones fácticas del caso; generándose, así, que con el afán de buscar impartir justicia bajo sus principios y razonamientos, se termine concediendo una «justicia» no tan justa. En ese contexto es que debe entenderse la aparición de esta corriente filosófica que busca abordar el problema advertido en el Iusnaturalismo, sobre lo abstracto y poco objetivo que este puede ser.

Con el Iuspositivismo, se plantea un enfrentamiento entre la metafísica (en la que se basan los iusnaturalistas) y la validez formal de las normas —la ciencia (en la que se basan los positivistas puros)—, a fin de separar del Derecho lo especulativo (la moral) y poder desplazarse hacia lo objetivo, o del deber hacia el plano del ser. Esto lo plantean muchos pensadores de data antigua, moderna y contemporánea, dentro de los cuales destaca Hans Kelsen, quien planteaba la idea de que, para estructurar una ciencia autónoma del Derecho, alejada de toda especulación que la haga injusta, se debía separar todo lo perteneciente a otras ciencias, como son los valores, conductas, principios abstractos, etc., es decir, todo lo que sea más propio de la moral, la religión, la sociología o la política.

En ese entender, estableció una teoría pura del Derecho basada en la norma jurídica; pero no en cualquier norma jurídica, sino en aquella que dota de cierta validez, así también, en un sistema eficaz que regule efectivamente las conductas de los sujetos y la sociedad en su conjunto. De esa manera, el citado autor consideró que el Derecho, como sistema para regir, no tenía que ostentar un cumplimiento rígido de algún principio universal, de orden superior, divino y ligado a la moral, como lo propugnaba el Iusnaturalismo. Por el contrario, para el citado pensador bastaba con que todos o un gran número de sujetos acaten las normas jurídicas válidas, dentro de un sistema jurídico ordenado en forma coherente, ya que así serían efectivamente eficaces y, por tanto, propias de un orden jurídico propiamente dicho.

Análisis de los aportes de Hans Kelsen a la teoría pura del iuspositivismo

Asimismo, es preciso exponer, en forma breve, los principales aportes de Hans Kelsen al desarrollo de una teoría pura del Iuspositivismo, a fin de identificar aquella o aquellas fuentes del Derecho de suma importancia para esta. En primer lugar, se tiene la validez de la norma jurídica como el fundamento clave que la diferencia del Iusnaturalismo; así, para el citado autor, la validez de la norma tenía que ver con que las prescripciones devengan o sean emitidas por una entidad o autoridad aceptada y legitimada por los demás, de manera tal que solo así podía ser de obligatorio cumplimiento, más no tiene relación con que se encuentre escrita en un cuerpo normativo o código para ser válida, como tradicionalmente se la ha identificado. El segundo tema, con el que se complementa el primero, está referido a la forma de organizar un sistema jurídico ordenado, coherente, unitario y en forma piramidal, con el que puede posibilitarse generar normas jurídicas válidas. Sobre este, dicho pensador estableció que el Derecho debía ser visto como una pirámide, en cuyo vértice existe una norma que lo sostiene como conjunto, la cual no es un texto legislativo ni nada semejante; es, más bien, una hipótesis sobre su eficacia: si el orden jurídico en su conjunto es acatado por la generalidad de los sujetos de la sociedad correspondiente, entonces ese es su orden jurídico. Dicha norma constituye el primer nivel de las normas positivas dentro del Derecho, hoy conocida como Constitución Política.

Como vemos, para el Iuspositivismo jurídico el Derecho se desdobra en dos ideas básicas: la primera, en la pluralidad de normas; la segunda, en la reducción de esta pluralidad a una unidad válida y objetiva, tal como lo ha expresado también Rubio Correa (2015); de manera tal que el fundamento de la tan ansiada unidad del sistema normativo reposa en la validez del conjunto de sus normas, la cual, a su vez, deviene de la autoridad legitimada que las emite, bajo el citado esquema piramidal. Así, se puede ver al Iuspositivismo como aquella teoría de la filosofía del Derecho que considera que aquel está conformado por un conjunto de normas dictadas por los seres humanos, por medio del Estado y mediante un procedimiento válido, por el fondo y por la forma, e impuesto por su norma suprema en la organización jurídica piramidal, de la cual deviene la validez de las demás normas; de tal manera que se separa la moral del Derecho.

Por tanto, bajo el razonamiento expuesto se puede indicar que la fuente de Derecho más importante para el Iuspositivismo es la Ley y, dentro de ella, la diversidad de normas jurídicas válidas que componen el sistema jurídico en forma ordenada, unitaria, coherente y estructurada en forma de pirámide; es decir, conformada exactamente por la Constitución Política, las leyes propiamente dichas, las leyes con rango legal y las normas de rango infralegal. Donde la Constitución se encuentra a la cabeza, en cuyas prescripciones las normas inferiores a ella encuentran su validez, por tener la primera una serie de disposiciones que rigen el procedimiento para su validez, por el fondo y por la forma; y, además, por establecer la forma de organización del Estado, sus autoridades y funciones.

— V. Análisis del realismo jurídico desde la filosofía del derecho

En cuanto a la corriente de la filosofía del Derecho del Realismo Jurídico, es preciso indicar que esta nace bajo postulados nuevos y totalmente alejados de lo propugnado por las anteriores corrientes, aunque algunos consideren lo contrario. Así, para esta corriente, la esencia del Derecho se encuentra en los hechos, la experiencia y las actuaciones de los operadores jurídicos. Asimismo, cabe resaltar que el desarrollo de esta corriente no ha estado en manos de un único pensador o de algunos pocos; por el contrario, ha sido desarrollado en forma amplia, de tal manera que, incluso, se han generado varias facciones de pensadores al interior de ella, pero todas bajo la misma idea antes indicada.

Por lo que, a fin de establecer cuál de las fuentes del Derecho tiene mayor importancia para esta corriente, se expondrá en forma breve lo desarrollado por cada una de las facciones del Realismo Jurídico, siendo las más representativas el Realismo alemán, estadounidense y escandinavo.

Análisis de los postulados del Realismo Jurídico alemán

En cuanto al primero, se tiene como mayor exponente a Rudolf Von Jhering, en virtud del cual la naturaleza y origen del Derecho reposa en su efectiva realización, en tanto que aquello que no sucede en la realidad y se encuentra solo en el papel es una sola apariencia del Derecho, que requiere manifestarse en un caso particular para que aquel se origine como tal. Por tanto, para dicho autor, el Derecho es un trabajo práctico construido, no solamente por los poderes públicos, sino también por todo un pueblo. Es decir, bajo la postura de este, el Realismo propugna una idea basada en la materialización de las normas en la realidad, siendo que, una vez visto ello, es que se crea el Derecho; en ese sentido, se considera que todo hombre toma parte en la creación y contribución de la realización del Derecho, al lado de los operadores del mismo.

Ahora bien, sobre este último punto, esto es, el papel de los operadores del Derecho, se tiene a otro exponente importante de esta facción del Realismo Jurídico, como es Oskar Von Bülow, para quien la ley es muy limitada para posibilitar la creación como tal del Derecho, siendo entonces la actuación de los jueces la que juega un papel central en la construcción del Derecho, es decir, es en la judicatura donde el texto legal adquiere su forma definitiva o realización máxima. En ese tenor, la ley no es Derecho vigente, sino solo un plan, un proyecto del futuro ordenamiento al que se desea llegar. Así, son los jueces los que, al final, consideran y determinan lo que es el Derecho para el caso concreto y, a su vez, la esencia de la judicatura descansa en las sentencias.

Análisis de los postulados del Realismo Jurídico estadounidense

En cuanto al segundo, su más importante pensador es Oliver Wendell Holmes, para quien el Derecho no se basa en sobremanera en la lógica, sino en la experiencia; es decir, el estudio de esa experiencia es lo que conduce a la esencia del Derecho y su aplicación a los casos concretos. Así, en resumen, se puede ver que, para este autor, el Derecho es el conjunto de profecías de lo que los tribunales resolverán en un caso en concreto, de manera tal que eso constituye Derecho.

Aunado a ello, se tiene a otro importante autor del Realismo norteamericano, como es Roscoe Pound, para quien, en el ámbito, debe partirse previamente, por parte de sus operadores, de una investigación sociológica-realista de lo jurídico, es decir, de un análisis de los factores preceptivos (reglas, principios, doctrinas, etc.) y un análisis de los intereses (individuales, públicos, sociales, etc.), así como de un estudio de los efectos sociales concretos de las instituciones y de las doctrinas jurídicas. Así, se busca que, de algún modo, se tenga un jurista sociólogo, porque solo así se tendrán los medios suficientes para convertir efectivamente en operativas las normas jurídicas. Una vez que se realiza un estudio sociológico como actividad o fase preparatoria a la promulgación de la legislación, se analiza la metodología jurídica, se elabora un historial sociológico del Derecho y se reconoce la importancia de que ella otorgue una solución razonable y equitativa en los casos concretos, se dice que ha generado Derecho.

Análisis de los postulados del Realismo Jurídico escandinavo

Uno de sus pensadores más importantes es Axel Anders Hägerström, quien se centra en hacer una crítica a los conceptos jurídicos tradicionales del Derecho, al considerarlos irreales, o que las normas jurídicas expresan antecedentes y consecuencias, pero no existen los conceptos intermedios que la primera desarrolla, tales como el «deber jurídico», los cuales solo cumplen funciones de sistematización y representación abreviada de las relaciones jurídicas o de una pluralidad de funciones. En síntesis, para los realistas escandinavos la naturaleza del Derecho está en el conjunto de hechos, en vez de un conjunto de normas: el Derecho son los hechos sociales. El papel del Derecho es ser la maquinaria creada para proteger a la sociedad. Así, el Derecho no es un conjunto de entidades abstractas, puesto que estas no se correlacionan con la realidad; es decir, no se representa la esencia del Derecho, sino que se representa con un conjunto de hechos sociales de un tipo, al cual se materializan las prescripciones normativas, con lo cual se crea Derecho o adquiere su razón, aterrizando en hechos que se convierten en realidad, y la experiencia de ello es el Derecho en sí.

Por lo que, la fuente del Derecho más importante es la jurisprudencia, puesto que, como lo indica el propio Holmes, las normas no son declaraciones teóricas, sino prácticas. Así, las decisiones de los jueces, o la forma en que decidirán en un caso, determinan lo que es Derecho, es decir, su esencia o naturaleza, puesto que ahí el juez no solo tomará en cuenta la ley, sino que, al tener que convertirse en un sociólogo de algún modo, deberá realizar también trabajos o análisis preparatorios, usar métodos como el teleológico y demás existentes, para poder hacer aterrizar las normas en la realidad y generar que estas tengan cierta funcionalidad, la cual no radica en la comunicación de verdad alguna de las normas, sino en dirigir el comportamiento de los hombres. Dicho de otro modo, el Derecho es la base o el marco a partir del cual trabajará el juez, y siendo que al interpretarlo le dará vida y hará que la norma surta sus verdaderos efectos.

— VI. Implicancias en los ordenamientos jurídicos

El examen comparado de estas tres corrientes filosóficas del derecho permite advertir que cada una ofrece una concepción distinta sobre las fuentes jurídicas y, en consecuencia, sobre la forma de estructurar los ordenamientos jurídicos.

6.1. Implicancias del iusnaturalismo

El iusnaturalismo coloca en el centro los principios generales del derecho, entendidos como postulados morales universales, anteriores y superiores a cualquier ley escrita. La consecuencia jurídica de esta visión es que una norma positiva solo puede ser considerada válida si es coherente con principios generales basados en la justicia y la equidad, de los cuales se deriva la dignidad, entre otros, que fundamenta a los derechos humanos. Así, se abre la posibilidad de controlar las leyes desde parámetros éticos universales. Por ejemplo, en la obra «El Mito de Antígona» de Sófocles, donde la obediencia a leyes divinas y no escritas primó frente al mandato positivo del rey Creonte, este paradigma inspira en la actualidad la idea de que los derechos humanos son inderogables y deben prevalecer incluso cuando una norma interna los contradice. En los ordenamientos jurídicos contemporáneos, ello se traduce en la incorporación de cláusulas como el principio de buena fe (pacta sunt servanda), que obliga a respetar los acuerdos no solo por mandato legal, sino por su origen moral y universal. Es decir, esta corriente genera estas implicancias institucionales:

- **Constitucionalización de principios:** la arquitectura constitucional incorpora cláusulas abiertas y principios como estándares de corrección del ordenamiento, permitiendo al intérprete invalidar o corregir normas cuando contravienen la justicia natural.
- **Función judicial principialista:** ante lagunas o antinomias, el juez puede acudir a principios universales para orientar la solución, especialmente cuando la ley escrita deviene injusta o insuficiente.
- **Límites al legislador:** el poder normativo no agota la juridicidad; hay límites éticos superiores que pueden desautorizar la voluntad legislativa si lesiona la justicia natural.

En suma, el iusnaturalismo fundamenta el reconocimiento de que existen límites éticos al poder del legislador y que los jueces pueden apelar a principios supraleales cuando el derecho positivo resulta injusto o insuficiente.

6.2. Implicancias del iuspositivismo

El iuspositivismo surge como reacción frente a la vaguedad y subjetividad del derecho natural, proponiendo la ley como la fuente suprema del derecho dentro de un sistema jerárquico y coherente. En este modelo, la validez de una norma se determina no por su contenido moral, sino por su creación conforme a los procedimientos y autoridades previstas en la Constitución. Así, en la «Teoría pura del Derecho» de Hans Kelsen, se muestra cómo esta corriente consolidó la idea de un sistema piramidal, en el que la Constitución es la norma fundamental que otorga validez a todas las demás. Esta visión tiene consecuencias prácticas, como por ejemplo en el control de constitucionalidad, donde los tribunales anulan leyes incompatibles con la norma suprema, no por razones morales, sino por razones de jerarquía normativa. Es decir, esta corriente genera estas implicancias institucionales:

- **Supremacía constitucional y control de validez:** la compatibilidad vertical (Constitución, ley y reglamento) deviene criterio objetivo para depurar el ordenamiento; la corrección de las normas es asunto de validez formal y competencia, no de moral.
- **Seguridad jurídica y previsibilidad:** la centralidad de la ley válida limita la discrecionalidad judicial y ofrece certeza a los destinatarios: «saber de antemano qué rige» es un valor estructural del orden jurídico.
- **Codificación y técnica legislativa:** la aspiración es tipificar los supuestos relevantes en textos generales y abstractos que minimicen vacíos y contradicciones.

Es decir, el positivismo jurídico aporta seguridad y certeza, en el sentido de que los ciudadanos saben con antelación cuáles son las reglas que rigen su conducta y los jueces limitan su actuación a la aplicación objetiva de normas válidas. Por ello, el ejemplo más claro es la codificación legal moderna, donde se busca que cada supuesto social tenga una respuesta normativa precisa, reduciendo el margen de discrecionalidad judicial.

6.3. Implicancias del Realismo jurídico

El realismo se distancia tanto del iusnaturalismo como del positivismo, al considerar que el derecho no es un conjunto de principios morales ni un sistema cerrado de normas, sino la realidad vivida a través de la práctica judicial. En esta corriente, la fuente esencial del derecho es la jurisprudencia, porque es en las decisiones de los jueces donde la norma cobra vida y se materializa.

Así, regresando a Von Jhering, el derecho solo existe cuando se realiza efectivamente en la práctica; para Holmes, el derecho son «profecías» sobre lo que los tribunales decidirán en casos concretos; y para Pound, la labor del jurista debe ser también sociológica, evaluando intereses sociales y efectos de las normas. Estas posturas muestran que el derecho se concibe como un fenómeno dinámico, que se construye día a día mediante la interpretación judicial.

Una implicancia muy importante es que el realismo reconoce el papel del juez como un agente interpretativo de la norma y creador de Derecho, es decir, que la ley deja de ser vista como un mandato definitivo y se convierte en un proyecto que se concreta en la sentencia. Por ejemplo, cuando un tribunal aplica métodos de ponderación para adaptar la norma a un caso nuevo y hacer prevalecer derechos o principios encima de otros, no se limita a aplicar mecánicamente la ley, sino que genera derecho vivo. En la práctica jurídica, esto se refleja en la consolidación del precedente judicial, sobre todo en sistemas jurídicos donde la jurisprudencia tiene fuerza vinculante. Con todo ello, se puede decir que esta corriente genera estas implicancias institucionales:

- **Subjetividad judicial y precedente:** la decisión concreta del juez también construye derecho; por lo que la jurisprudencia tiene fuerza normativa e incluso vinculante, porque crea derecho, actualiza la ley al caso y a sus efectos sociales.
- **Metodología teleológica y análisis de intereses:** el juez no aplica mecánicamente las normas; sino que pondera fines, evalúa impactos y justifica cómo la norma dirige conductas en contextos reales.
- **Funcionalización del sistema:** el derecho se legitima por su capacidad de operar en la realidad («dirigir comportamientos»), no solo por su sentido estrictamente legal y su sintonía moral de forma abstracta.

Es decir, en el realismo jurídico, los principios tendrán el alcance que la jurisprudencia le conceda en cada caso, en función de sus efectos y el contexto. A partir de todo lo expuesto, se puede concluir de forma parcial que el iusnaturalismo legitima el recurso a principios universales como la justicia, igualdad, buena fe, dignidad humana, etc., que corrigen y limitan al derecho positivo. En tanto, el iuspositivismo prioriza la ley como fuente principal, garantizando certeza y objetividad, y asegurando que la validez se derive de la autoridad legítima y no de consideraciones morales. Y el realismo jurídico coloca en el centro a la jurisprudencia, destacando que es en la experiencia judicial donde el derecho se realiza y adquiere eficacia social. Por lo que, en conjunto, estas corrientes filosóficas evidencian que los ordenamientos jurídicos modernos no pueden fundarse exclusivamente en una de ellas, sino que de cada una es necesario recoger elementos esenciales: del iusnaturalismo, los principios superiores para legitimar el Derecho; del iuspositivismo, las normas bajo un orden jerárquico para tener un sistema jurídico con una estructura ordenada; y del realismo jurídico, la jurisprudencia para adaptar el derecho a la realidad social donde se aplica.

— VII. Conclusiones

Respecto a la pregunta planteada al inicio de este trabajo de investigación, se pudo advertir que, desde el Iusnaturalismo clásico o puro, el de Aristóteles, la fuente del Derecho más importante para esta corriente son los Principios Generales del Derecho. Pues sus postulados se basan en reglas morales y abstractas, a las cuales debe adecuarse el actuar humano y el Derecho. Un claro ejemplo de Principio General del Derecho es el «Pacta sunt servanda», que significa que los acuerdos deben mantenerse, término latino basado en el principio de buena fe, y de origen en la naturaleza del ser humano y en reglas morales o del deber ser. Es decir, implica una regla universal que sugiere que las personas deben cumplir lo que acuerdan; y, por ende, ello supone el cumplimiento de lo que ordena el Derecho para armonizar la sociedad.

En tanto, desde el Iuspositivismo, se encontró que la fuente de Derecho más importante es la ley o el conjunto de prescripciones como la Constitución, la ley propiamente dicha, y las normas con rango de ley e infralegales, bajo la concepción de unidad de un sistema jurídico ordenado y eficaz del Derecho; pues solo es Derecho aquel conjunto de normas válidas cuando devienen de la autoridad legitimada para expedirlas, y solo cuando se tenga exactitud de las reglas que dirigen la conducta de las personas se eliminará la ausencia de objetividad del Derecho, que era un defecto del Iusnaturalismo.

Finalmente, respecto al Realismo Jurídico, se encontró que la fuente de Derecho más importante es la jurisprudencia, pues su surgimiento supuso que el Derecho deja de ser una mera expectativa y se materializa en la realidad fáctica o en el día a día de las personas, en un caso concreto, es decir, se refleja en la experiencia de un hecho, el cual crea Derecho o le proporciona funcionalidad, con lo cual se resolverían los defectos de las anteriores corrientes.



Las implicancias jurídicas de estas tres corrientes muestran enfoques complementarios en la construcción del ordenamiento. El iusnaturalismo introduce límites éticos y universales al poder normativo, al sostener que la validez de las leyes depende de su coherencia con principios como la justicia, la dignidad o la buena fe, lo que permite al juez corregir el derecho positivo cuando resulta injusto o insuficiente. El iuspositivismo aporta seguridad y objetividad, al priorizar la ley como fuente principal dentro de un sistema jerárquico y coherente en el que la Constitución otorga validez a las normas, garantizando previsibilidad en la aplicación del derecho y limitando la discrecionalidad judicial. Mientras que el realismo jurídico resalta el papel creador de la jurisprudencia, al entender que el derecho se efectiviza en la práctica de los tribunales, donde los jueces, mediante la interpretación y ponderación de intereses, transforman la norma en derecho vivo y funcional, adaptado a las necesidades sociales y a los efectos concretos de su aplicación.

VIII. Lista de Referencias

- Aristóteles. (1988). *La física* (F. García Yebra, Trad.). Madrid: Editorial Gredos.
- Aristóteles. (1990). *La retórica* (Q. Racionero, Trad.). Madrid: Editorial Gredos.
- Aristóteles. (1993). *Ética a Nicómaco* (J. Pallí, Trad.). Madrid: Editorial Gredos.
- Buckle, S. (1995). Compendio de Ética. En P. Singer, *Compendio de Ética* (pp. 235-252). Editorial Alianza.
- Calduch, R. C. (2010). *Métodos y técnicas de investigación en relaciones internacionales*. Universidad Complutense de Madrid.
- Carrillo de la Rosa, Y. (2014). El pensamiento iusnaturalista y la interpretación jurídica. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 6(12), 88-97.
- Churquipa, A. M. C., Coila, M. E., Catunta, D. V., León, J. A. C., Ponce, D. S. P., & Estaña, A. G. T. (2022). Algunos elementos del iusnaturalismo en la Constitución peruana de 1993. *Revista de Derecho: Universidad Nacional del Altiplano de Puno*, 7(2), 85-97.
- Cruz, J. (2012). *Ley Natural*.
- Dei Vecchi, D. (2017). ¿Deepening or falling of legal realism as a descriptive theory of norms? *Isonomía*, 9-38.
- Esteban, N. (2018). *Tipos de investigación*.
- Friedrich Hegel, G. W. (2012). *Ley Natural*.
- García, J. (2024). Elementos de realismo jurídico que aportan a la comprensión de la crisis de la justicia en Bolivia. *Revista Jurídica Derecho*, 13(20), 19-38.
- Guastini, R. (2019). Un ejercicio de realismo jurídico. *Derecho & Sociedad*, (51), 223-232.
- Hägerström, A. A. (1953). *Inquiries into the Nature of Law and Morals*. Almqvist & Wiksell.
- Hobuss, J. (2009). Derecho natural y derecho legal en Aristóteles. *Diánoia*, 54(63), 1-30.
- Holmes, O. W. (1897). The path of the law. *Harvard Law Review*, 10(8), 457-478.
- Huerta, C. (2017). Interpretación y argumentación en el derecho. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (11), 379-415.
- Kelsen, H. (2008). *Teoría pura del Derecho* (J. M. Seña, Trad., 2.ª ed.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Lara, A. M., & Chávez, C. D. (2021). Fundamentos epistemológicos del Realismo jurídico: Empirismo, Neopositivismo y actos de habla. *Iuris Dictio*, (28), 13-113.
- Marcone, J. (2005). Hobbes: entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. *Andamios*, 1(2), 123-148.
- Meléndez, G. (2013). El método en Ética a Nicómaco I. *Tópicos*, *Revista de Filosofía*, 28(1), 129-157.
- Orellano, J. R. (2008). *Orden, desorden y estabilidad en la Política de Aristóteles*. Universidad Nacional de Cuyo.
- Pallí, J. (1993). *Ética Nicomáquea*. Editorial Gredos.
- Pound, R. (1910). Law in books and law in action. *American Law Review*, 44, 12-36.
- Racionero, Q. (1990). *Aristóteles. La Retórica*. Introducción, traducción y notas. Editorial Gredos.
- Rentería, A. (2020). El iuspositivismo político-ideológico de Uberto Scarpelli y los principios del Derecho. *Derechos y Libertades*, 42(1), 167-201.
- Rubio, M. (2015). *El Sistema Jurídico*. Fondo Editorial de la PUCP.
- Sófocles. (2001). *Antígona*. Editores Puhué.
- Tarrillo, et al. (2024). Metodología de la investigación: una mirada global. Ejemplos prácticos. *Centro de Investigación y Desarrollo*, 62, 24-28.
- Von Büllow, O. (1927). *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Editorial Labor.
- Von Jhering, R. (2000). *El fin en el Derecho*. Editorial Civitas.