

01

LA PRE-COMPREENSIÓN
Y COMPREENSIÓN DEL DERECHO: UNA APROXIMACIÓN
NECESARIA

LA PRE-COMPREENSIÓN

Y COMPREENSIÓN DEL DERECHO: UNA APROXIMACIÓN NECESARIA

THE PRE-UNDERSTANDING AND UNDERSTANDING OF THE RIGHT: A NECESSARY APPROACH

Rolando Medina Peña¹

E-mail: rolandormp74@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7530-5552>

Gerardo Gallo Rodríguez²

E-mail: grodriguez@fh.uho.edu.cu

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8937-4855>

Miguel Ángel Lozano Espinoza¹

E-mail: miguel.angnmd23@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3718-5582>

¹ Universidad Metropolitana. Ecuador.

² Universidad de Holguín "Oscar Lucero Moya." Cuba.

Cita sugerida (APA, sexta edición)

Medina Peña, R., Gallo Rodríguez, G., & Lozano Espinoza, M. Á. (2019). La pre-comprensión y comprensión del Derecho: una aproximación necesaria. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 2(2), 6-12. Recuperado de <http://remca.umet.edu.ec/index.php/REMCA>

RESUMEN

Este trabajo trata el método que le otorga al universal concreto la función de la transformación práctica de la realidad frente a las filosofías irracionistas que le otorgan a lo abstracto o momentos de pre-comprensión, ya sea empírica, intuitiva y de representación inmediata del derecho, el carácter de fin de la teoría. Este método está motivado por la necesidad de no ver la moral y los principios solo como entidades espirituales que por sí mismos constituyen la panacea de todos los problemas del derecho. Lo trascendente es que hay un intento de rebasar ese momento, obsérvese minuciosamente la defensa de la capacidad del método defendido para distinguir el rol de lo abstracto y lo concreto en la comprensión del derecho y se concluirá que el orden moral y sus principios son formas sociales ideales configuradas, no puede ser de otra forma, como resultado de la actividad cotidiana de los individuos, en sus relaciones sociales específicas.

Palabras clave: Derecho, pre-comprensión, comprensión.

ABSTRACT

This work deals with the method that gives the concrete universal the function of the practical transformation of reality against the irrationalist philosophies that give the abstract or moments of pre-understanding, whether empirical, intuitive and immediate representation of the right, the end character of the theory. This method is motivated by the need not to see morals and principles only as spiritual entities that by themselves constitute the panacea of all the problems of law. The transcendent is that there is an attempt to go beyond that moment, carefully observe the defense of the ability of the defended method to distinguish the role of the abstract and the concrete in the understanding of law and conclude that the moral order and its principles are social forms configured ideals, can not be otherwise, as a result of the daily activity of in their specific social relationships.

Keywords: Right, pre-understanding, understanding.

INTRODUCCIÓN

El ámbito de la producción de los profesionales del derecho, tanto desde la arista teoría y filosófica, como de aquellos que a partir de la práctica técnico-jurídica también aportan a su construcción, constituyen el objeto de reflexión del presente artículo.

En consecuencia, el objetivo es analizar el problema de la construcción del concepto cada vez más concreto de derecho. De este modo, el método de ascenso de lo abstracto a lo concreto posibilita centrar el concepto en lo esencial, general y universal.

Este método es una forma ordenada del conocimiento y unidad metodológica en la determinación de las conexiones entre las particularidades de otros conceptos, como los de valoración de la prueba, y el concepto de derecho.

El acercamiento a las funciones de lo abstracto y lo concreto en la comprensión del derecho, además, permite el acercamiento crítico a un conjunto de descripciones y parámetros explicativos trabajados desde la teoría y, por último, la posibilidad de plantear la necesidad de alcanzar un concepto cada vez más concreto de derecho a partir de cambiar determinadas interpretaciones acerca del complemento de la teoría con determinados enfoques axiológicos.

Trabajar con citas propicias al objetivo perseguido sin pretender agotar el contenido del tema, ante la variedad de posiciones teóricas y concepciones de todo tipo, requiere limitar necesariamente la selección de determinados autores para ilustrar lo más directo posible la crítica.

Por ello, aparece constantemente una interrogante alrededor de la capacidad del método que se defiende aquí en determinar lo concreto como fin de la teoría y no lo abstracto, asunto constitutivo de cierta guía de las problemáticas planteadas, algo muy distinto a la descripción positivista del derecho, ni siquiera es la aplicación tradicional de los enfoques filosóficos reduccionistas sobre la idea de la valoración del derecho.

DESARROLLO

Ante todo, cabría considerar lo que significan los conceptos de pre-comprensión y comprensión en el contexto de la forma específica de la teoría del derecho.

Pre-comprender el derecho es lo que hace Goldchmidt (1953) al señalar que *“el derecho es... un proceso en continuo movimiento. Todos cuantos viven en comunidad, participan en su establecimiento y realización. Los legisladores, funcionarios administrativos, militares, policías, padres, maridos, emiten diariamente una multitud ingente de imperativos de naturaleza general y concreta. Todos ellos dan buen ejemplo por su obediencia”*. (p. 108)

Esta cita ilustra momentos pre-comprensivos (abstractos) o fase en que se dispone de datos obtenidos por la representación, es parte del proceso de conocimiento

del derecho, pero aún lo comprensivo entendido como elaboración de un concepto más concreto de derecho no aparece. Queda trunca la superación de lo abstracto porque aquellos ejemplos de la realidad de que intenta valerse Goldchmidt (1953), esa *“multitud ingente de imperativos”*, constituyen aquí el fin de la teoría y no el *medio* para ascender hacia dicho concepto.

Ahrens (1864), por su parte, critica ese cerco del nivel empírico de los conocimientos jurídicos cuando señala que *“el espíritu humano nunca se ha detenido limitando su observación a los variables fenómenos del orden físico”*, sin embargo, se aleja aún más de un análisis crítico de abstracciones al afirmar seguidamente: *“sino que ha buscado su causa y enlace en los principios generales y constantes: del mismo modo, en el orden moral no se ha contentado con la mera contemplación de lo que es, sino que ha estudiado también los principios inmutables que prescriben lo que debe ser”*. (p. 19)

Por consiguiente, esa afirmación significa el paso de la región de lo abstracto a lo cada vez más abstracto, a un idealismo objetivista de ilusiones que nunca comprende la realidad del derecho en su conjunto concreto o la *“actividad práctica objetiva”* donde subyace la existencia real de las relaciones jurídicas.

En definitiva, Goldchmidt (1953) apunta, de acuerdo a la cita anterior, hacia lo que denomina *“multitud ingente de imperativos de naturaleza general y concreta”* porque está atrapado en el nivel empírico del conocimiento del derecho, mientras Ahrens (1864), intenta romper el cerco de este orden físico con el orden moral antes referido, cuyo ser es contemplado por el espíritu humano, el cual *“ha estudiado también los principios inmutables que prescriben lo que debe ser”*.

De seguirse a Goldchmidt (1953), el concepto de derecho estaría limitado, además, en aquella aseveración concluyente: *“Todos ellos dan buen ejemplo por su obediencia”*, a nuestro juicio, aquí centra la obligatoriedad y coercitividad del derecho positivo ante otros referentes valorativos de los sujetos que menciona, en cambio, Ahrens (1864), plantea el estudio del orden moral o *“principios inmutables que prescriben lo que debe ser”*; esto supone la valoración en el proceso de conocimiento del derecho, por tanto, constituye el problema respecto al tratamiento específico del binomio objetividad-valoración.

Los ejemplos de Goldchmidt (1953) referente al derecho en el sentido de que *“todos cuantos viven en comunidad, participan en su establecimiento y realización”* (p. 108), no contempla el bosquejo advertido por Ahrens (1864), del contexto de descubrimiento de *“los principios generales y constantes”*.

En consecuencia, Goldchmidt (1953), reduce la realización del derecho por los *“legisladores, funcionarios administrativos, militares, policías, padres, maridos”* a la mera imperatividad, así queda demostrado cuando añade que

esos sujetos *“emiten diariamente una multitud ingente de imperativos de naturaleza general y concreta”*, es decir, estos imperativos no provienen de una valoración de la prescripción moral guía del orden físico supuesto en las relaciones jurídicas o, conforme a Ahrens (1864), dichos sujetos excluyen la búsqueda de *“su causa y enlace en los principios generales y constantes”*.

Lo anterior explica por qué Goldchmidt (1953) inicia planteando que *“el derecho es... un proceso en continuo movimiento”*, efectivamente, describe el círculo normativo donde supuestamente la teoría encuentra su fin, en vez del *medio* para ascender hacia un concepto concreto de derecho.

En otras palabras, Goldchmidt (1953), al expresar: *“todos ellos dan buen ejemplo por su obediencia”*, reduce el concepto de derecho a la noción popular de la demostración de la existencia de un hecho material mediante las formas determinadas por la ley; visto así los sujetos no valorarían, existiría una sujeción mecánica interpretativa de carácter normativista.

Esa reducción del concepto de derecho aparece de alguna forma en las posiciones teóricas de no pocos autores, por ejemplo, entre los penalistas el profesor De Asís (1995), considera que *“toda la fase del juicio de Derecho se lleva a cabo teniendo en cuenta los hechos fijados... lo que hace es ir calificando jurídicamente los hechos, moldeándolos de manera jurídica hasta llegar a la resolución del problema”*; enfoque excluyente del problema de comprender que el juez debe evidenciar la existencia del hecho delictivo por medio de la conjugación de la demostración de la existencia de un hecho material, según las formas legalmente reconocidas, con la verificación de un juicio, es decir, demostrar la verdad o falsedad de los juicios emitidos.

Frente a esos enfoques teóricos reaccionan, de algún modo, Bouzat & Cantaro (2003), cuando aseveran *“una cosa es la verdad de un enunciado fáctico y otra distinta las razones que se tienen para aceptar la verdad de un enunciado fáctico”*; significa que los juicios, argumentos, análisis, criterios de la verdad, las deducciones, síntesis, inducciones del abogado de la defensa y del fiscal o de cualquier otro sujeto se convierten en objeto de la reflexión del juez.

Del mismo modo, Alexy (1999) señala la decisión jurisprudencial como una preferencia donde hay *“un enjuiciamiento de la alternativa elegida como mejor en algún sentido y, por tanto, una valoración”*, por ello, su convencimiento debe resolver sobre lo dudoso, al evidenciar la verdad o falsedad se demuestra necesariamente la existencia o inexistencia del hecho.

De ahí que la convicción judicial no puede concebirse como una mera certeza al estilo normativista planteado por De Asís (1995) de *“ir calificando jurídicamente los hechos, moldeándolos de manera jurídica hasta llegar a la*

resolución del problema”; esto es un ejemplo de lo que Goldchmidt (1953), denomina *“multitud ingente de imperativos de naturaleza general y concreta”*, prácticamente el mismo cerco empírico, fáctico y no un grado superior de conocimiento alcanzado mediante el proceso de valoración racional de la prueba.

Ese cerco del nivel empírico de los conocimientos del juez sobre los hechos fácticos es contrapuesto a lo aseverado por Ahrens (1864), conviene retomar su cita: *“el espíritu humano nunca se ha detenido limitando su observación a los variables fenómenos del orden físico”*; precisamente, implica el uso de reglas metódicas de saber empírico, teórico y moral; el juez ha pasado a un estado superior de conocimiento y convicción, siguiendo a Ahrens (1864), no solo la mera contemplación de lo que es, sino que ha estudiado también los principios inmutables que prescriben lo que debe ser.

Ello, por su puesto, en el caso de una lectura de Ahrens (1864), más ajustada a una valoración objetiva de los hechos fácticos, así como *“su causa y enlace en los principios generales y constantes”*; entiéndase: existe la necesidad de comprender el conjunto concreto, real, práctico del derecho, donde su *deber ser* quiere restablecer la parte alterada por la conducta desviada. La corrección de la conducta es el orden moral deseado desde las normas jurídicas.

Sin embargo, dicha valoración de la prescripción moral supuesta en el derecho positivo puede verse cercenada si persiste, es necesario reiterar, el criterio de De Asís (1995) de *“ir calificando jurídicamente los hechos, moldeándolos de manera jurídica hasta llegar a la resolución del problema”*, porque le hace el juego a las reglas procesales de finalidades pragmáticas que contienen una dimensión escasa y fraccionaria sobre motivación, por consiguiente, esa calificación solo fija los contenidos de resultado, sin dar cuenta del uso de escalas valorativas móviles ajustadas a las reglas de la lógica y de la razón para justificar la sentencia.

Coloma (2006), sigue el mismo criterio normativista, a su juicio, la verdad formal *“en ocasiones provoca más confusión que claridad y lleva a proscribir una forma de crítica justificada frente a la acción de los jueces”*; por ende, al excluir la construcción de la verdad del discurso fáctico de la sentencia, fija deberes normativos que atienden no tanto a las exigencias axiológicas de la justificación, sino a los hechos probados y contenidos de resultado.

De esta forma, la práctica jurisprudencial al hacer suya la reducción del derecho a solo norma, representa los tanteos de un concepto que gira alrededor de la señalada noción popular de la demostración de la existencia de un hecho material mediante las formas determinadas por la ley.

Cotta (1987), asevera que *“el hombre vulgar posee una pre-comprensión del Derecho, suficientemente adecuada*

y *latente, en su actuar diario*"; así, ilustra al paso momentos pre-comprensivos propios de la disposición inicial de datos obtenidos por la representación, la cual está inmersa en el proceso de conocimiento del derecho, lo ratifica seguidamente: *"ella está como presente en el ambiente en que se vive, transmitiéndose a través del lenguaje hablado, y manifestándose concretamente en los actos más ordinarios"*.

En este sentido, Cotta (1987), conscientiza la necesidad de pasar de la pre-comprensión del derecho a su comprensión, asunto sumido en un primer momento *"hasta el punto de que esa pre-comprensión nos parezca 'natural', en un sentido familiar, es decir, no racional, no elaborada intelectualmente; y ello hace que consideremos 'natural' su contenido, esto es, aquello que el técnico denomina Derecho. Y en cuanto 'natural' esa pre-comprensión le basta al hombre vulgar, sin necesidad de profundizar en su hermenéutica percepción"*. (p.14)

Esta reflexión le atribuye a la pre-comprensión la función de medio para ascender a la comprensión como superación de lo abstracto y exigencia de construir un concepto más concreto de derecho, el fin de la teoría.

Sin embargo, Cotta (1987), en un segundo momento, cree estar ya en posesión de la comprensión del derecho o propone un método para alcanzarla *"admitida esa extensa presencia material del Derecho, en relación con esa difusa y no problemática 'pre-comprensión'-suficientemente concreta en lo esencial, aunque indeterminada en sus límites- ella requiere la atención del filósofo en orden a la hermenéutica existencial del Derecho"*. (p. 14-15)

De examinarse esa posición iusfilosófica se percata el lector que Cotta (1987), al dirigirse a *la atención del filósofo en orden a la hermenéutica existencial del Derecho* propone el método de las filosofías irracionalistas, esto supone el rescate de la metafísica y las esencias últimas del objeto contra el positivismo.

El método que las filosofías irracionalistas absorben es el de la intuición, a partir del cual lo que interesa es el *yo*, pues el contexto de postguerra condiciona que se intente rescatar los valores, el espiritualismo, la fe ilimitada. En este orden, aparecen Cassirer (1947); Ortega y Gasset (1962); Dilthey (1978); Heidegger (1998); Scheler (1999); entre otros.

Precisamente, el propio Ortega y Gasset (1962), considera la ciencia positivista como malograda explicación del hombre y la sociedad. *"Cuando la razón naturalista se ocupa del hombre, busca poner al descubierto su naturaleza. Repara en que el hombre tiene cuerpo—que es una cosa- y se apresura a extender a él la física, y, como su cuerpo es además un organismo, lo entrega a la biología"*. (p. 22)

Y añade posteriormente: *"¡Muy bien! Pues esto quiere decir simplemente que debemos desasirnos con todo*

radicalismo de tratar al modo físico y naturalista lo humano... el fracaso de la razón física deja vía libre para la razón vital e histórica". (Ortega y Gasset, 1962, p. 20)

Esos planteamientos evidencian a todas luces que ocurriría una crisis del determinismo naturalista en la etapa de posguerra, el cambio de una racionalidad físico-natural que explicaba el mundo, incluso los problemas humanos y sociales a partir de las ciencias naturales, de la biología en particular por una racionalidad vitalista y existencialista.

Ortega y Gasset (1962), precisa, es válido reiterar, que el *"fracaso de la razón física deja vía libre para la razón vital e histórica"*, en el sentido de que las funciones fisiológicas explicadas por las ciencias naturales no son suficientes para saber qué es el hombre. La reducción de este a las leyes naturales atomiza su conciencia, porque la ve como un hecho físico-psíquico y no como existencia trascendente que es vida existencial.

Se trata, ahora, de si dicho método tiene la capacidad de establecer las relaciones necesarias que pongan de manifiesto la significación real del derecho dentro de la sociedad, si como dice Iliénkov (1971) *"lo 'concreto' es aquí el fin específico del pensamiento teórico"*; o sea, ¿Puede entenderse con el método de las filosofías irracionalistas lo concreto como fin de la teoría y no lo abstracto, en todo caso, el universal concreto o concepto que es síntesis de múltiples determinaciones en el pensamiento?

Explica Iliénkov (1971), que *"naturalmente, lo concreto en el pensamiento no es un fin en sí, no es la meta final. La teoría, tomada en su conjunto no es, pues, más que un momento desvanecedor en el proceso de cambio de las materias reales, prácticas, entre el hombre y la naturaleza"*. (p. 42)

Esta precisión de la función que desempeñan los momentos abstracto y concreto dentro de la teoría advierte que lo concreto en el pensamiento no es realmente el fin último del conocimiento, sino la transformación práctica de la realidad. Por ello, continúa planteando Iliénkov (1971), *"de la teoría se pasa a la práctica y este caso puede ser también calificado de paso de lo abstracto a lo concreto. La práctica no tiene ya un fin más elevado que ella, ella misma plantea sus fines, es un fin en sí. Y es justamente por eso que en el curso de la elaboración de la teoría, cada paso, cada generalización, son igualmente confrontados constantemente con las indicaciones de la práctica y son devueltas a ésta como a la meta suprema de la actividad teórica"*. (p. 42).

Aquí, la teoría del derecho, una de las tantas formas de la teoría, por tanto, comprensible a partir de los contenidos de la cita anterior, podría entenderse solo como un *medio* de la práctica social, sin descuidar que el sujeto cognoscente tuvo que pasar primero por los momentos de pre-comprensión analizados anteriormente, forma de la conciencia empírica, intuición y representación inmediata

del derecho antes de que la teoría diese cuenta de un concepto cada vez más concreto de ello.

La respuesta a la pregunta formulada en torno a la posibilidad del método de las filosofías irracionistas es negativa -puede derivarse del análisis realizado hasta el momento-, porque no logra rebasar la pre-comprensión, ya de hecho confusa, atrapada fundamentalmente en la intuición.

El orden moral no es una categoría suprahistórica e inmutable, ha evolucionado en sociedad y en última instancia, está determinada por el orden económico y social existente y refleja los intereses de las clases sociales. El mismo Ortega y Gasset (1983), representante destacado de las filosofías irracionistas, aunque no llega a reconocer este carácter clasista, escribe en el *Prólogo para franceses* de su obra *La rebelión de las masas* que “*el Derecho, la realidad Derecho -no las ideas sobre él del filósofo, jurista o demagogo- es... secreción espontánea de la sociedad y no puede ser otra cosa. Querer que el Derecho rijas las relaciones entre seres que previamente no viven en efectiva sociedad, me parece -y perdónenme la insolencia- tener una idea bastante confusa y ridícula de lo que el Derecho es*” (p. 118)

En filosofía analítica, Wittgenstein (2002), explica que “*no podemos proponer teoría ninguna. Toda explicación tiene que desaparecer y sólo la descripción ha de ocupar su lugar. Añade, además, que la filosofía no puede en modo alguno interferir con el uso efectivo del lenguaje; puede a la postre solamente describirlo. Pues no puede tampoco fundamentarlo. Deja todo como está*”.

La filosofía solo ordenaría -es la interpretación que podría hacerse de esa afirmación- los conocimientos positivos, que son expresados por medio del lenguaje. Obsérvese que la forma se impone y, el contenido queda relegado a un segundo orden. La filosofía buscaría *in extremis*, las reglas que rigen el lenguaje humano. Con las reglas estaría descubierta la gramática que le es subyacente a dicho lenguaje. La filosofía solo hace poner de manifiesto las reglas del pensamiento, que se expresa en palabras. Un silogismo, otra cosa no es. El trabajo del filósofo según semejante concepción es la descripción de términos, interpretación de enunciados y el mero análisis de argumentos.

Acudir a esa filosofía analítica tampoco es sugerente para rebasar el irracionismo y construir un concepto cada vez más concreto de derecho. Las expresiones lingüísticas son importantes desde el punto de vista de la teoría del derecho, pero limitarse a ellas sería ignorar un conjunto de determinaciones del pensamiento y de mediaciones que le dan contenido al lenguaje.

CONCLUSIONES

El proceso de conocimiento del derecho pasa por los momentos pre-comprensivos de la intuición y representación,

el medio para alcanzar la comprensión, nivel superior porque construye un concepto más concreto de derecho y, en consecuencia, deja al margen cualquier intención de resaltar la región del universal abstracto.

En el conjunto concreto de la realidad del derecho reside su *deber ser* que indica la necesidad de restablecer la parte alterada por la conducta desviada. El reflejo de esta constituye un momento pre-comprensivo, el cual no debe gravitar hacia el pensamiento que circunda estrictamente lo normativo, la intuición, el idealismo objetivo e incluso la descripción fidedigna de los hechos fácticos; porque se cometería el error de concebir lo abstracto como el fin de la teoría, en lugar del *medio* para ascender hacia un concepto cada vez más concreto de derecho, capaz de establecer las relaciones necesarias que pongan de manifiesto la significación real del derecho dentro de la sociedad y su esencia clasista.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ahrens, H. (1864). *Curso Completo de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho con arreglo al estado actual de esta ciencia en Alemania*. Madrid: Librería extranjera y nacional, científica y literaria.
- Alexy, R. (1999). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bouzat, A., & Cantaro, A. (2003). Verdad y prueba en el proceso acusatorio. *Prueba y conocimiento*, 3, 67-80. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/verdad-y-prueba-en-el-proceso-acusatorio/>
- Cassirer, E. (1947). *El mito del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Coloma, R. (2006). Vamos a contar mentiras, tralará..., O de límites a los dichos de los abogados. *Revista Derecho*, 19(2), 27-52. Recuperado de <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2433/2219>
- Cotta, S. (1987). *El Derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica*. Pamplona: Universidad de Navarra, S.A.
- De Asís, R. (1995). *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Madrid: Marcial Pons
- Dilthey, W. (1978). *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*. México D. F: Fondo de Cultura Económica.
- Goldschmidt, W. (1953). *Filosofía, Historia y Derecho*. Buenos Aires: Librería Jurídica.
- Heidegger, M. (1998). *Sein und Zeit, Gesamtausgabe II*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Iliénkov, E. V. (1971). La dialéctica de lo abstracto y lo concreto en El Capital de Marx. Madrid: Siglo XXI.
- Ortega y Gasset, J. (1962). Historia como sistema. Madrid: Revista de Occidente S.A.

Ortega y Gasset, J. (1983). *La rebelión de las masas*. Madrid: Alianza.

Scheler, M. (1999). *El saber y la cultura*. Barcelona: El Aleph Editores.