

E. FILOSOFÍA DEL DERECHO

LA SUPERVENIENCIA Y CONTENIDO LEGAL

(Basado en la lectura de Enrique Villanueva)

BELQUIS CECILIA SÁEZ NIETO

*Universidad de Panamá,
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Departamento de Derecho Privado
magistrabelquis@gmail.com*

SUMARIO. Índice. Superveniencia. Concepto. 2. Superveniencia del derecho. 3. La teoría del positivismo jurídico. 4. Teoría del moralismo legal. 5. Teoría de Mark Greenberg. 6. Posición de Enrique Villanueva. 7. Diferencia entre las teorías. Conclusiones. Recomendaciones. Bibliografía.

RESUMEN

La epistemología del derecho es sumamente variada. Actualmente existen muchas corrientes de pensamiento y formas de concebir el derecho, que realmente nos hace pensar que hay que renovar la concepción tradicional o la teoría de Kelsen sobre el ordenamiento sistemático del derecho, donde existe una norma por excelencia que es la constitución.

La superveniencia es un concepto metafísico en donde existe dependencia en la relación de factores de alto y bajo orden. Puede existir superveniencia fuerte o débil o parcialmente débil. De allí que la superveniencia es el (...) conjunto de propiedades de un tipo y el conjunto de propiedades de otro tipo. Si bien han sido propuestas una buena variedad de tesis sobre la superveniencia, todas ellas convergen en una interpretación determinada de la noción de dependencia. (Rodrigo, 2015) Este trabajo de investigación está basado en la lectura de la monografía titulada superveniencia y contenido legal de Enrique Villanueva, un artículo científico muy denso e interesante.

Palabras claves

Superveniencia, contenido legal, moralismo, ética.

ABSTRACT

The epistemology of law is extremely varied. Currently there are many currents of thought and ways of conceiving the law, which really makes us think that we must renew the traditional conception or Kelsen's theory about the systematic ordering of law, where there is a rule par excellence that is the constitution.

Supervenience is a metaphysical concept where dependence exists on the relationship of high and low order factors. There may be strong or weak or partially weak supervenience. Hence, supervenience is the (...) set of properties of one type and the set of properties of another type. While a good variety of theses on supervenience have been proposed, they all converge on a given interpretation of the notion of dependence. ((Rodrigo, 2015) -

This research work is based on the reading of the monograph entitled supervenience and legal content of Enrique Villanueva, a very dense and interesting scientific article.

Keywords

Supervenience, legal content, moralism, ethics.

Introducción

La epistemología del Derecho es sumamente amplia y variada. Actualmente existen muchas corrientes de pensamiento y formas de concebir el Derecho, que realmente nos hace pensar que hay que renovar la concepción tradicional o la teoría de Kelsen sobre el ordenamiento sistemático del derecho, donde existe una norma por excelencia que es la Constitución. De allí que han surgido por ejemplo principios de interpretación constitucional que ponen a la persona por encima de todo. (Pro Homini)¹. Y la necesidad de hacer extensiva la interpretación de garantías constitucionales que han permitido junto al desarrollo de derechos humanos fundamentales realizar ciertas variaciones en el positivismo jurídico y acoger postulados del derecho natural como es la protección de la vida humana.

Este trabajo lo hemos dividido en cuatro partes; la primera es la fundamentación de la teoría positiva del derecho, comprendiendo obviamente que es el sistema que ha imperado durante siglos. La segunda es la teoría moralista del Derecho; con la cual me identifico en el sentido de que considero que el ser humano debe tener un espacio donde no este regulado y puede decidir de acuerdo con sus propios principios como debe actuar, específicamente considero que en el tema de divorcio esto debe ser así; porque el ser humano debe elegir cuando divorciarse. Ya muchos países tienen esta posición, tal es el caso de México, Francia, etc. Luego tenemos la posición de Mark Greenberg que está dentro de la teoría normativista del Derecho, pero ha manifestado que el derecho debe ir acompañado de valores. De lo contrario, tenemos situaciones horribles que han ocurrido en el mundo (caso Hitler).

Posteriormente exponemos la opinión del autor Enrique Villanueva, un estudioso de la supervenencia del Derecho, quien se opone a la posición de Mark Greenberg, estableciendo que la norma jurídica es eminentemente imperativa y, por consiguiente, no necesariamente va acompañada de los valores.

El Principio indica que el intérprete ha de seleccionar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que la suministre, ya sea interna o internacional. En efecto, se trata de un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual, se debe acudir a la norma más amplia, o interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, eso es, estar siempre a favor del hombre. (Ver a Rodolfo Ariza Clerici, en Interpretación Constitucional. Principio Pro Homini disponible en <http://www.defensachubut.gov.ar/biblioteca/node/2966>)

Esperamos satisfacer los propósitos de nuestro trabajo, que no es otro que la de comprender, la epistemología del Derecho actual, que ha evolucionado al punto de que la teoría de Han Kelsen ha sido objeto de grandes críticas.

1. Superveniencia². Concepto.

En primer lugar, debemos decir que la superveniencia es un concepto metafísico en donde existe dependencia en la relación de factores de alto y bajo orden. Puede existir superveniencia fuerte o débil o parcialmente débil. De allí que la superveniencia es el (...) conjunto de propiedades de un tipo y el conjunto de propiedades de otro tipo. Si bien han sido propuestas una buena variedad de tesis sobre la superveniencia, todas ellas convergen en una interpretación determinada de la noción de dependencia. En consecuencia, la noción de dependencia también resultará vital para especificar la relación de superveniencia entre los estados conceptuales y «lo dado». Por lo tanto, A depende de B si A no puede ser concebido sin B; lo cual no tiene por qué implicar necesariamente que A y B se encuentren unidos, sino, simplemente, que si se piensa en A, entonces se infiere el todo o una parte de B, en tanto que A pertenece –está incluido– en B. Asimismo, un concepto depende de «lo dado», cuando el primero no puede ser concebido sin el segundo, aunque esto no implique que ambos se encuentren unidos (como sucede con el conceptualismo⁴). Esta noción general de dependencia puede descomponerse en dos. En una asociada a la reducción (DR) y en otra al contrafáctico (DC). (Rodrigo, 2015). Ahora en lo que respecta al positivismo el derecho superviene a los valores. Siendo en esta el contenido legal el hecho de alto orden y los valores el hecho de bajo orden.

De manera que existen autores que también han estudiado la superveniencia desde el punto de vista de los pensamientos externos del individuo. (...) “De acuerdo con una concepción externista, los contenidos de algunos acontecimientos mentales son amplios; es decir, su especificación pasa necesariamente por la mención de objetos, en el sentido antes expuesto, y nos compromete por consiguiente con su existencia, y por ende también con la existencia de ejemplificaciones de propiedades objetiva” (Carpintero, Revista de Filosofía.3 Epoca. Numero 16.).

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, (...) superveniencia es un acontecimiento o hecho que cambia una situación jurídica previa (Lengua, 2016). Por ejemplo, si se hace una donación de una persona a un hermano pero esa persona va a tener un hijo. La existencia de ese hijo modifica la situación jurídica previa de esa donación. De manera que hay una superveniencia. El diccionario de la Real Academia de la Lengua dice que (...) supervenir es suceder, acaecer, sobrevenir”. (<http://dle.rae.es/?id=Yl6sx1w>).

De manera que la superveniencia deriva de la voz supervenir que significa suceder, acaecer, sobrevenir, es decir, acaecer o suceder una cosa además o después de otra (Lengua D. d) Definitivamente aquí veremos la superveniencia con respecto al derecho.

2. Superveniencia del Derecho.

En filosofía, la **superveniencia** es una *relación de dependencia* entre propiedades de 'alto nivel' y de 'bajo nivel'. Un grupo de propiedades X *superviene de* un grupo de propiedades Y cuando las

² La relación que se da en la superveniencia es de dependencia; por tanto, se trata de una relación asimétrica. Las propiedades subvencientes tienen algún tipo de primacía respecto de las supervinientes. (ver a Manuel García Carpintero. Superveniencia y determinación del contenido amplio.)

propiedades del grupo X están determinadas por las del grupo Y. Formalmente, un grupo de propiedades X superviene de un grupo de propiedades Y *si y sólo si*, para todos los objetos *a* y *b* se cumpla cualquiera de las siguientes condiciones: ▪ *a* y *b* no pueden diferir en las propiedades de su grupo X sin diferir también de las propiedades del grupo Y. ▪ Si *a* y *b* tienen propiedades idénticas a las del grupo Y, entonces también tienen propiedades idénticas a las del grupo X. ▪ Si *a* y *b* no tienen propiedades idénticas al grupo X, entonces tampoco tienen propiedades idénticas a las del grupo Y. Si las propiedades de A supervienen las propiedades de B, las propiedades de B son las propiedades base y las de A son llamadas propiedades supervenientes. Si dos cosas difieren en sus propiedades supervenientes, esto quiere decir que deben diferir de sus propiedades de base. (Enrique, 2003)

Los valores como la justicia, la equidad, la igualdad deben tomarse en cuenta bajo el concepto de superveniencia. Y son además factores que dependen en menor o mayor grado para la existencia del derecho; ya sea desde el punto de vista del normativismo, del derecho natural o la concepción metafísica del derecho.

3. La teoría del positivismo jurídico³.

La epistemología del Derecho⁴ ha sido sumamente amplia, pero dentro de ella se encuentra (...) “el positivismo jurídico que está íntimamente ligado al desarrollo del Estado contemporáneo, y aunque con precedentes en los legistas medievales o en los juristas de Estado absoluto, surge a principios del siglo XIX. El punto de partida es la reducción del objeto de la Ciencia Jurídica al conocimiento del conjunto de normas que constituyen el Derecho vigente o positivo” (Bernal, 2015). Ahora, lo mejor dentro de la gran cantidad de teorías que existen en el positivismo jurídico es hablar de generalidades del sistema.

Así tenemos que entre las generalidades podemos mencionar los siguientes; (...) 1. El rechazo, por algunos, o la no consideración, por otros, de las teorías metafísicas dentro del discurso científico del derecho, ii) la opinión generalizada de que el derecho válido no está necesariamente relacionado con el derecho justo; iii) el énfasis en la consideración del Estado como única o principal, según el caso, fuente del derecho válido; iv) la aceptación del monismo (solo un derecho válido) en vez del dualismo jurídico (un derecho positivo y un derecho natural, ambos con validez); y V) la reivindicación de la expresión lingüística determinable en especial de la palabra escrita, como la forma propia del derecho, para así diferenciar lo jurídico de lo moral, que no se agota en el lenguaje, y precisar los alcances de la norma (Bernal, 2015).

³ Excluyendo a Inglaterra e Irlanda, países que siguen el sistema llamado del common-law que también se aplica en Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, etc., el derecho europeo continental que básicamente comprende a Francia, Alemania, Italia, España, Austria, y los países de Europa oriental, tiene, al igual que nosotros, la parte más importante de sus normas dictada por órganos legislativos, y las principales leyes redactadas en cuerpos llamados códigos en donde las normas no están “amontonadas” sino sistematizadas de acuerdo a la materia que tratan, según su grado de generalidad, etc. Predominantemente las normas son normas escritas, y esto ha hecho que la tradición jurídica de esos países y también la de los países latinoamericanos, que heredaron esa forma de producir derecho, incurra en la suposición de que ese conjunto es un sistema coherente, homogéneo, pleno y autónomo con un sentido ya determinado establecido por un legislador racional. Esto ya es todo un mito porque las normas provienen de distintos gobiernos, de legislaturas con diferentes composiciones y además suelen ser resultado de acuerdos políticos entre pensamientos contradictorios, lo que conlleva inconsistencias por decir lo mínimo.

⁴ El **positivismo jurídico** culmina en la gran obra de Hans Kelsen, la “**Teoría pura del Derecho**” publicada en 1911. Parte de las tesis formalistas de la escuela del Derecho Público, pero da un paso más para separar radicalmente del ser (“sein”) y del deber ser (“sollen”), de la realidad natural y la norma.

La verdad es que el positivismo jurídico, es una construcción de la dogmática jurídica y por consiguiente también es una labor del ser humano. Su máximo exponente es Hans Kelsen, “influenciado por el racionalismo e idealismo y que deriva en un positivismo normativo. Pertenece a la época en que el Idealismo y Racionalismo, principalmente con Descartes, Malebranche, Leibniz, Kant, Fichte, Schelling, Hegel, habían quedado arrinconados ante el auge del positivismo. El Positivismo, esa doctrina que según Augusto Comte parte de los hechos, de la experiencia inmediata de la realidad, es decir la experiencia objetiva y que en el campo del derecho fue desarrollada por el gran estudioso del derecho León Duguit, el decano de la Facultad de Derecho de Burdeos. Esa tendencia positivista de Hans Kelsen fue influenciada también, sin duda, por la Fenomenología de Edmund Husserl y el Existencialismo de Heidegger.” (Choque, 2014). De allí que la vinculación de la teoría de Hans Kelsen es básicamente con la ciencia de espíritu y nada tiene que ver con la axiología.

Sin embargo, el Código Civil de Panamá, pertenece a la teoría normativista del Derecho, pero tiene valores insertos en la norma, tal es el caso del artículo 13 del Código Civil que dice lo siguiente:

Artículo 13. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional, las reglas generales de derecho, y la costumbre, siendo general y conforme con la moral⁵ cristiana.

De manera que esta norma del Código Civil panameño reconoce el valor de la moral cristiana dentro de las reglas de hermenéutica legal. Ahora bien, (...) para Kelsen, el Derecho es exclusivamente un conjunto de normas coactivas. Para Marx, es un instrumento de dominación y control social, y para Tomás de Aquino, es la ordenación de la razón encaminada al bien común (S/A, 2008.). Hay distintas concepciones de concebir el normativismo jurídico. Lo que podemos afirmar es el hecho de que hemos funcionado por espacio de muchos años de esta forma e iniciar un nuevo orden mundial resulta difícil.

Pero también a pesar de que el normativismo ha tenido grandes defensores ha tenido sus detractores y es que según sus críticos (...) el normativismo, supone que hay algo así como dos realidades. Una es la realidad social, la de los hechos, la de las conductas efectivas de la gente, la realidad de la sociología, la economía, las ciencias sociales descriptivas, y otra es una realidad diferente que es la realidad de las normas.” (Salgado, 2001) Y es que muchos autores como Hobbes decían que las personas en estado de naturaleza tenían una libertad absoluta de hacer lo que quisieran pero esa misma libertad llevaba a que todos fueran enemigos entre sí, puesto que cada hombre se transformaba en un “lobo del hombre” y desaparecía la seguridad. Entonces las personas, los sujetos individuales, para poder tener una vida más segura acuerdan perder una parte de su libertad e instituir un poder soberano por encima de todos ellos que dicte las normas para asegurar la convivencia social. (Salgado, 2001).

También suele argumentarse, como lo hacía Eduardo García Máynez, que “la diferencia entre las normas morales y los preceptos jurídicos radica en que las primeras son unilaterales y los segundos son bilaterales unilateralidad significa que “frente al sujeto a quien obligan no hay otra persona autorizada para exigirle el cumplimiento de sus deberes”. En cambio, “las normas jurídicas son bilaterales porque imponen deberes correlativos de facultades o conceden derechos correlativos de obligaciones”; así por ej., frente a la obligación del deudor de pagar lo que debe, está el derecho del acreedor de exigirle el pago. (ver a [www. filosofía y derecho. c o m / r t f d](http://www.filosofia-y-derecho.com/rtd). Moral y derecho positivo (comparación y relaciones)

De manera pues que el normativismo tiene sus defensores, pero también detractores como es el caso de la escuela realista del derecho, la teoría moralista y también la posición de Mark Greenberg, que veremos posteriormente.

4. Teoría del moralismo legal.

Antes de iniciar con los principales postulados de esta teoría debemos aclarar en primer lugar la diferencia fundamental entre ética y moral, que generalmente son confundidas. Veamos:

4.1. Moral⁶. Concepto.

Podemos decir que (...) “la moral viene a ser la práctica comúnmente aceptadas y repetitiva, por generaciones de individuos, donde todas sus acciones o inacciones les han sido impuestas, a cada uno de los miembros de dicho grupo social, sin necesidad de represión física o castigo alguno; derivada del señalamiento o la amenaza de no ser aceptado o de ser excluido de dicho grupo. Circunstancias suficientes que obligan a las personas a practicar éstas y también con ello se comprometen a transmitir dichas conductas a los suyos. (Prado-Carrera, 2016). De manera que de esta definición podemos extraer varias características.

1. Es una conducta aceptada por un grupo de personas.
2. Es impuesta sin necesidad de que exista una sanción o pena.
3. Si no se cumple la persona tiene a ser excluida del grupo social.

Es precisamente por estas características que se confunde con la ética, pero como veremos en adelante, son conductas totalmente distintas. Igualmente, la moral es clasificada (...) en actos morales positivos y negativos y atribuyen esto a que el objeto de la moral son las costumbres y la conducta humana y que, partiendo de estos objetos constitutivos de la moral, definen a la moral como la “ciencia de las leyes ideales y de la actividad libre del hombre” Paul Faulquié define a la moral como: “...es la teoría razonada del bien y del mal”. Y Bruno Rychlowski concluye que la

⁶ Kant explica en el siguiente texto la noción de moralidad como la relación que tienen las acciones con la autonomía de la voluntad y la legislación universal. Si la acción es compatible con dicha autonomía, entonces es permitida, en caso contrario prohibida. Distingue también la voluntad santa de la voluntad humana: la primera es una voluntad cuyas máximas concuerdan necesariamente con la ley; la segunda no, por lo que en nuestro caso las máximas dan lugar a la constrictión moral, la obligación, que trae consigo la noción de deber. Kant relaciona en el texto la dignidad de la persona con su capacidad no tanto de someterse a la ley moral como de que sea ella misma (su voluntad) legisladora universal. Continúa Kant señalando que el **valor moral** de una acción no puede ser ni el miedo ni la inclinación, sino solamente que su **resorte** sea el **respeto a la ley**. La autonomía de la voluntad se cifra en el hecho de que ella misma sea una ley y da lugar al **principio de autonomía**: elegir que las máximas de la elección, en el querer mismo sean al mismo tiempo incluidas como ley universal. Cuando la voluntad no busca la ley que la debe determinar, en la aptitud de sus máximas para ser ley universal, sino que sale de sí misma para buscarlas en la constitución de alguno de sus objetos, tenemos la heteronomía. La voluntad no se da la ley a sí misma sino el objeto y su relación con la voluntad, relación que puede descansar en la inclinación o en representaciones de la razón, y hace posibles imperativos hipotéticos, que señalan la necesidad de una acción por querer el sujeto alguna otra cosa. Sin embargo, el imperativo categórico manda una acción de modo incondicionado. Finalmente pone el ejemplo de la necesidad fomentar la felicidad ajena, y ello, aunque en ello no encuentre ningún interés sino simplemente porque la máxima que la excluye no puede ser ley universal. (Ver Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Capítulo Segundo.

(Mare Nostrum Comunicación. Traducción: Manuel García Morente disponible en Historia de la Filosofía. Volumen 2: Filosofía Medieval y Moderna. Javier Echegoyen Olleta. Editorial Edinumen.

moral es normativa, porque establece las normas que determinan lo que es el bien y lo que es el mal. En otras palabras, la moral establece lo que se debe y lo que no se debe hacer. Lo que se permite y lo que se prohíbe (Prado-Carrera, 2016). De manera que en mi opinión la moral es el conjunto de normas sociales, practicadas y aceptadas por la sociedad.

4.2. Ética⁷. Concepto.

Para Sánchez-Vázquez la ética es (...) “la teoría o ciencia del comportamiento moral de los hombres en sociedad. O sea, es una ciencia de una forma específica de conducta humana”. Y continúa señalando que “la ética es la ciencia de la moral, es decir, de una esfera de la conducta humana, Gutiérrez-Sáenz señala que la ética se refiere al origen de los actos humanos, es decir que esta estudia la bondad o la maldad de éstos. Y Sanabria refiere que la ética “es la ciencia normativa de la actividad humana en orden al bien”. Para Vasconcelos la ética viene a ser toda la disciplina de vida”. (Prado-Carrera, 2016).

De allí que según García Maynes la principal diferencia es (...), la ética es una voluntad propia del individuo que en lo personal elige hacer o no hacer cierta actividad o tener o no cierto comportamiento. Ello por la simple razón de su autoaceptación y no porque un grupo social se lo exija (García-Máynez, 1959). La moral entonces es extrínseca al individuo y la ética es intrínseca, porque es el propio individuo quien elige hacer o no hacer algo según sus propios criterios de formación ética.

4.3. La Ciencia del Derecho.⁸

De allí que como el Derecho lo que regula particularmente es la vida del hombre en sociedad, son tremendamente importante los conceptos de moral y ética. El derecho regula todas las actividades del ser humano (derecho penal, civil, administrativo, fiscal, internacional, agrario, etc.). Precisamente porque el derecho regula a la actividad del hombre en sociedad es cambiante y hay que ir adecuado a las nuevas realidades. (...) Por lo cual el derecho debe ser estudiado desde su origen y sobre todo pensando que quien lo estudia debe estar en real contacto con los problemas sociales y necesidades de desarrollo del país, para ir adecuando las normas del derecho para ayudar al crecimiento y desarrollo económico del mismo; pero sobre todo, quien lo ejerce debe practicarlo con toda ética, ya que de sus actos depende la vida, el patrimonio y/o las relaciones de quien representa.” (Prado-Carrera, 2016). He aquí la importancia de que los operadores de justicia tengan principios éticos y morales.

⁷ La ética kantiana pretende responder dos problemas históricos estrechamente relacionados, que se le presentan al pensamiento moral y político europeo desde el siglo XVI: en primer lugar, la pérdida de la fuerza convocante de la moral religiosa; y, en segundo lugar, la coexistencia de diversas comunidades con sus ideales de vida buena diferente, al interior de un territorio y con unas instituciones comunes. El primer problema viene dado por el desarrollo mismo de la Ilustración se debe a uno de los aportes más significativos decisivos para la cultura de Occidente, se trata de que el descubrimiento de que las normas morales que orientan el buen actuar y la vida recta, no tienen su fuente y justificación en un orden natural de las cosas en una providencia divina, sino que son el resultado de la voluntad de los hombres (Ver Hernán Martínez Ferro en Emanuel Kant. Antropología. Alianza Editorial Madrid, 1991, página 183 y siguientes.)

⁸ La ciencia del derecho tiene por objeto el estudio del conjunto de las normas jurídicas positivas de un Estado. Tiene por cometido conocer del modo más completo el sistema jurídico vigente y sus instituciones, y luego precisar el contenido de cada norma, determinando el alcance del deber que impone, las condiciones que lo hacen nacer o extinguirse, las personas a quienes toca cumplirlo y a quienes corresponde exigirlo. Además, se ocupa de fijar el espacio dentro del cual se aplica, el tiempo que ordena la conducta humana y, por último, las consecuencias que acarrea su incumplimiento. (ver <http://www.laultimaratio.com/24-introduccion-al-derecho/30-cual-es-el-objeto-de-la-ciencia-del-derecho>)

4.4. Los postulados de la teoría moralista.

El positivismo jurídico ha tenido sus críticos como manifestamos anteriormente y es que “a mediados del siglo XX, se comenzó a reconocer por teóricos y filósofos del derecho la crisis del positivismo jurídico. Esta crisis se presentó a partir del análisis del mismo y la constatación de que ya no ofrecía un marco de referencia adecuado para abordar el estudio de la ciencia jurídica, en la aplicación del derecho carecía de fuerza legitimadora y como teoría resultaba insuficiente para explicar el fenómeno jurídico, para autores como Dworkin, Alexy, Ferrajoli, Nino, Atienza, Ruiz Manero, Aguilo y Rodolfo Vázquez entre otros, la teoría positivista tiene serias limitaciones.” (Rio, 2015). De allí que durante los últimos años han existido otras corrientes de pensamiento, que si bien no han logrado cambios significativos si han constituido planteamientos jurídicos distintos, que en gran parte de los ordenamientos jurídicos han influenciado, por lo menos a la dogmática jurídica.

Esta teoría (moralismo legal) se ha puesto nuevamente en vigencia y es básicamente el papel que juega el derecho o la norma jurídica en el mantenimiento de las normas morales de una comunidad. De manera que (...)” el reciente debate que se ha producido en España sobre los contenidos morales que deben incluir u omitir los espacios televisivos a raíz de la proliferación de los llamados «Reality shows» ha puesto de relieve, de nuevo, la importancia del problema del moralismo legal” (Páramo, S/F). De allí que la base moral de la sociedad es importante y la teoría del moralismo legal viene a sostener que las normas jurídicas deben incorporar las pautas de la moral positiva, esto es, las creencias morales de la mayoría social. La opinión moral de la mayoría debe ser reforzada jurídicamente, de modo que sus contenidos pueden ser protegidos mediante la imposición coactiva (Páramo, S/F).

El planteamiento principal de esta teoría es que debe existir un espacio en la vida del individuo en el que pueda desenvolverse sin regulación específica. Que pueda hacer lo que considere conveniente sin que el derecho lo regule. Tal es el caso de la homosexualidad, la prostitución, el alcoholismo, el fumar por ejemplo una sustancia nociva. (...) De allí que si un alcoholico incumple sus deberes familiares será responsable jurídicamente por sus omisiones, no por su afición. En el ámbito de las relaciones sexuales sucede algo similar: el principio de Mill debe tolerar todas las conductas sexuales heterodoxas libres mantenidas entre adultos. Otra cosa es que se transgredan en su ejercicio los derechos de otras personas” (Bayles, 1992)- Pero hemos consultado al Dr. Julio Lombardo y plantea que esto va en contra de disposiciones constitucionales claras en el Derecho. Por ejemplo, el Estado debe proteger la vida de los nacionales donde se encuentren. Veamos el contexto del derecho constitucional panameño.

En el derecho constitucional panameño esta norma nace en la Constitución de 1904, que en aquel cuerpo normativo era el artículo 15 y decía:

Las autoridades de la Republica están instituidas para proteger a todas las personas, residente y transeúntes, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar respeto recíproco de los derechos naturales, constitucionales y legales, previendo y castigando los delitos.

De manera que la Constitución de 1904 incluía un valor en la norma que era evidentemente el respeto entre todos los asociados. Y la protección de la vida honra

de todos los asociados se ha mantenido en todo el Derecho Constitucional panameño. Veamos el contenido de la norma en la Constitución vigente.

ARTICULO 17. Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales donde quiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley. Los derechos y garantías que consagra esta Constitución deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona

(...) De manera que desde el punto de vista de esta teoría sólo las acciones inmorales que perjudican a terceros deben producir sanciones jurídicas, aunque el carácter ofensivo e indecente de algunas prácticas sexuales públicas, pueden servir de base para la coerción. Ahora bien, del hecho de que la sociedad condene moralmente a determinadas conductas no se deriva la justificación de su prohibición o sanción legal. La moralidad o inmoralidad privada no es asunto del Derecho. De manera que la práctica de la prostitución -aunque debieran llevarse a cabo fuera de lugares públicos, no debían ser consideradas delito, al igual que la práctica de la prostitución -aunque debieran llevarse a cabo fuera de lugares públicos. (Páramo, S/F). Si es necesario que el ser humano cuente con un espacio en donde pueda decidir qué es lo más correcto para su vida. Ya que el individuo cuenta con una ética interna que debe servir como control para regir sus decisiones. Igualmente es importante que toda epistemología del derecho considere que las normas son aplicables a seres humanos. Aquí nos planteamos, por ejemplo, cual es la diferencia entre las actuaciones de Hitler y el proceder de muchos países con miles de inmigrantes que han perdido su vida buscando un trabajo y mejores días para su familia.

5. Teoría de Mark Greenberg

La lectura también desarrolla la teoría de Mark Greenberg quien introduce (...) dos tipos de superveniencia, a saber, una que va de los hechos físicos a los hechos legales (s1) y otra que va de los hechos legales (las decisiones o practicas legales) al contenido legal (s2). Por transitividad inferimos que el contenido legal superviene de los hechos físicos subvenientes (Enrique, 2003). Es por ejemplo el caso de un divorcio, en que se dan los hechos físicos (separación, violencia doméstica, o también una relación extramatrimonial). De esta situación entonces vamos a los hechos legales y finalmente las decisiones legales o la jurisprudencia va al contenido legal. De manera que Mark Greenberg propone que, (...) “en lugar de esa tesis positivista, que las decisiones legales junto con los valores determinen cuales elementos de las decisiones legales son relevantes y como se conjugan para lograr un contenido legal determinado. Ni las decisiones legales ni los valores, por si mismos, independientemente uno del otro, pueden determinar el contenido legal (Enrique, 2003)”. Esta es una posición mixta entre el positivismo jurídico y el moralismo legal. Pero el derecho depende necesariamente de los valores.

El derecho es también un ámbito en el cual existe una práctica jurídica, muy institucionalizada, y el contenido del derecho depende de formas sistemáticas de lo que acontezca con aquella práctica. Sobre todo, en áreas del derecho que son casuísticas como es el caso del derecho de familia, en donde las reglas hay que aplicarlas dependiendo de cada proceso y cada realidad que se lleva a los

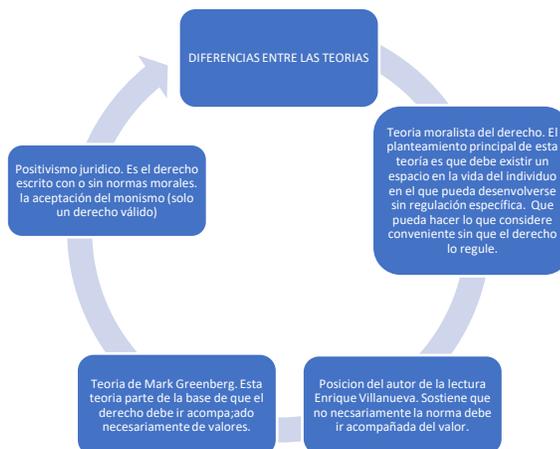
tribunales. Pero se hace necesario que esas decisiones legales sean dadas por órganos totalmente independientes, en donde sus miembros sean nombrados por su capacidad académica.

6. Posición del autor de la lectura Enrique Villanueva.

Enrique Villanueva manifiesta que (...) “resumiendo en este segundo punto pienso, que hay dos situaciones en los casos legales, a saber, una de acuerdo con lo cual no hay ningún valor intrínseco en la determinación del contenido legal, solamente el texto invocado y otra, de acuerdo con la cual hay algunos valores involucrados. Esta segunda posibilidad se ramifica en otras dos posibilidades, a saber, que los valores invocados se encuentran ya contenidos en las decisiones legales o en las normas generales y otra más según la cual los valores se importan desde afuera del texto de la ley” (Enrique, 2003). En realidad, el planteamiento de Mark Greenberg, es una posición mixta en la cual se requiere que los valores sean extraídos externamente a la ley. Ahora Villanueva, deja al lector una posición en el sentido de que (...) “en los casos legales hay un hiato entre razonamiento, ofrecer razones y apelar a hechos de valor; que no hay una conexión necesaria o conceptual obvia entre ambos y que, por lo tanto, es menester ofrecer un argumento adicional que establezca una relación necesaria entre razones, valores y contenido legal. Que se puede razonar válidamente un caso legal y alcanzar un contenido legal determinado sin recurrir necesariamente a algún hecho (intrínsecamente) valioso (Enrique, 2003)”. Este vestigio que menciona Villanueva entre razonamiento, ofrecer razones y los hechos de valor, es precisamente lo que plantea el normativismo, no importa que la norma no tenga un valor debe imponerse porque es el derecho escrito. Pero recordemos también que la norma es redactada por personas con intereses propios. A mi juicio, lo más importante es que el ser humano sea el centro o la razón de ser de la norma jurídica.

7. Diferencias entre las teorías.

Como manifestamos anteriormente lo más importante de este aporte realizado por Enrique Villanueva, es precisamente presentar hipótesis, presunciones y nuevas posiciones sobre la concepción filosófica del Derecho. Vamos hacia un nuevo enfoque de la ciencia jurídica y en este contexto es sumamente interesantes las posiciones planteadas. Veamos las diferencias principales.



CONCLUSIONES

1. La conducta humana ha evolucionado. La forma de concebir el derecho también ha experimentado cambios sustanciales y debemos adecuar, estudiar y analizar todas las posiciones a efectos de determinar la mejor aplicabilidad para la convivencia en sociedad.
2. La moral y la ética son principios fundamentales para el desarrollo del hombre en sociedad. Si estos dos complementos son adecuadamente desarrollados por el ser humano la aplicabilidad de la norma sería mucho más eficaz. La moral es una conducta impuesta por la sociedad como grupo social. La ética es individual, es la conducta interna del hombre.
3. El espacio permisivo que establece la teoría moralista del derecho es importante para el individuo. Porque es necesario que las personas cumplan la norma por su propia convicción y no impuesta como lo plantea el sistema normativo.
4. El aporte de los filósofos antiguos (Hans Kelsen, Savigny, etc.) es indiscutiblemente la fundamentación de todo el sistema normativo. Pero se hace necesario una filosofía latinoamericana, que aborde los problemas de nuestra región. Ya que en el plano del derecho internacional, más que ningún otro doctrinario, Scelle –bajo la influencia de Duguit y Durkheim– entendió que la comunidad mundial (“société internationale globale ou œcuménique”) consiste en una miríada de subsistemas particulares, en una pluralidad de entidades humanas colectivas que van desde la familia, los grupos locales y regionales, las asociaciones y agrupaciones de ámbito nacional, la sociedad estatal, hasta las agrupaciones internacionales especiales o regionales (Clément, 2016)”. Y que no son homogéneas y que tienen realidades distintas, que ameritan ser estudiadas.
5. Si bien el derecho y el sistema positivista ha estado rigiendo por siglos, tiene sus propios críticos. Y también una gran cantidad de situaciones que en muchas ocasiones no son justas pero que hay que aplicarlas.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario la lectura de estas teorías a efectos de plantear críticas al sistema normativo, sobre todo en los cursos de doctorado en donde existe una conciencia crítica y con experiencia en la aplicabilidad del sistema positivo y en variadas corrientes filosóficas.

BIBLIOGRAFÍA.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/6.pdf> . Página visitada el 30 de junio de 2018

https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10145/1/doxa25_09.pdf . Página visitada el 30 de junio de 2018

ECHEGOYEN-Olleta, J., (1996). Historia de la Filosofía, Volumen 2; Filosofía medieval y moderna. España. Obtenido de: <http://www.e-torredebabel.com/Historia-de-lafilosofia/Filosofiamedievalymoderna/Kant/KantAutonomiaLeyMoral.htm> consultado el 27/08/2016. Página visitada el 25 de junio de 2018

GARCÍA-Máynez, E., (2000). *Introducción al Estudio del Derecho*. México. Porrúa. 50° Ed.

GROS-ESPIELL., (2005). *Ética, Bioética y Derecho*. Bogotá - Colombia. Editorial TEMIS S.A.

RYCHLOWSKI, B., en: “Lecciones de Ética”. Consultado en <http://www.apocatastasis.com/moral-etica-conceptos.php> el 03/06/2016. Pagina visitada el 29 de junio de 2018.

SANABRIA, J. R. (2001). *Ética*. México. Décimo Séptima Edición. Editorial Porrúa. SANCHEZ Vázquez, A., (1978). *Ética*. Barcelona: Editorial Crítica, Grupo Editorial Grijalbo.

VASCONCELOS, J., (1939). *Ética*. México. Segunda Edición. Ediciones Botas.

Bayles. (1992). *Hart’s Legal Philosophy*. S/P: , Klower Academic Publishers.

Bernal, A. B. (2015). *Positivism Jurídico en la Historia. Las Escuelas del positivismo Jurídico en el siglo XIX y Primera Mitad del siglo XX*. Mexico: Biblioteca Virtual de la Unam.

Carpintero, M. G. (Revista de Filosofía.3 Epoca. Número 16.). *Superveniencia y determinación del*. Barcelona: Servicio de publicaciones.

Choque, V. F. (2014). La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen y las constituciones. *La Gaceta Jurídica*, 2.

Enrque, V. (2003). *Que son las propiedades psicológicas*. México: UNAM. <http://dle.rae.es/?id=Yl6sx1w>. (s.f.).

Lengua, D. d. (s.f.). <http://www.wordreference.com/definicion/sobrevenir>.

Lengua, D. d. (2016). Diccionario de la Real Academia de la Lengua. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, 1234-1236-.

Páramo, J. R. (S/F). *El moralismo cotraataca*. México: S/E.

Prado-Carrera, G. J. (2016). La moral y la ética: Piedra Angular en la Enseñanza del Derecho. *Opción, Año 32, Especial No.13* , : 369-390.

Rio, M. d. (2015). La tesis de la separación del Derecho y la moral y su Impacto en la Formación Ética de los abogados. *Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo* , 6.

Rodrigo, L. (2015). Hacia un modelo de superveniencia conceptual. *Revista Laguna*, 36;, 41.

S/A. (2008.). *La Norma Jurídica*. México: <http://biblio.juridicas.unam.mx>.

Salgado, J. M. (2001). *Teoría de las normas y del orden jurídico*. México: .uncoma.edu.ar/.

Belquis Cecilia Sáez Nieto:

Investigadora Titular del Centro de Investigación Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Catedrática en Derecho de Familia. Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas. Maestría en Derecho Privado. Especialista en Docencia Superior. Autora de Compendio Legislativo del Código de Familia. Legislación de Seguridad Social. Derecho de Familia. Doctorando en Derecho Civil por la Universidad de Panamá. Correo electrónico: magistrabelqui@gmail.com

Recibido: 10 de marzo de 2018

Aprobado: 30 de abril de 2018

