

Daniel Humberto Moscol Aldana

INTRODUCCIÓN A LAS CIENCIAS JURÍDICAS



UNIVERSIDAD CATÓLICA LOS ÁNGELES
CHIMBOTE





**Daniel Humberto
Moscol Aldana**

Abogado de profesión, con Maestría en Derecho con Mención de Derecho Empresarial y Tributario y estudios de doctorado.

Actualmente se desempeña como Director de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote, donde es docente de pregrado y posgrado; además de Presidente del Comité Interno de la Carrera Profesional de Derecho y miembro del Comité Evaluador de movilidad académica saliente para la Carrera Profesional de Derecho y miembro de la Comisión General de admisión de Pregrado y Posgrado.

Daniel Humberto Moscol Aldana

INTRODUCCIÓN A LAS CIENCIAS JURÍDICAS



UNIVERSIDAD CATÓLICA LOS ÁNGELES
CHIMBOTE



INTRODUCCIÓN A LAS CIENCIAS JURÍDICAS

Daniel Humberto Moscol Aldana

© Daniel Humberto Moscol Aldana

Diseño y diagramación:

Ediciones Carolina (Trujillo).

Editado por:

Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote

Jr. Tumbes 247 Casco Urbano Chimbote - Perú

RUC: 20319956043

Telf: (043)343444

Primera edición digital, octubre 2020.

ISBN: 978-612-4308-29-1

Libro digital disponible en:

<http://repositorio.uladech.edu.pe/handle/123456789/18128>

*A mis amados padres, Daniel y
Santos, por todo su amor.*

*Con mucho amor a mis hijos,
Yuriko Daniela y Leonardo Daniel,
quienes son la razón de mi vida.*

*A mi amada esposa Iris Liz quien ha
estado en cada momento de mi vida.*

Tabla de Contenido

Presentación	15
--------------------	----

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN A LA CIENCIA DEL DERECHO

1.1. Ciencia jurídica	27
1.2. Necesidad de la disciplina	29
1.3. Origen y evolución	30
1.4. Los problemas de la introducción a la ciencia del Derecho	30

HOMBRE, SOCIEDAD Y DERECHO

2.1. Aspectos preliminares	35
2.2. Fundamentos	39
2.3. La dignidad humana	40
2.4. La sociedad	43
2.4.1. Origen	44
2.4.2. Grupos primarios de sociedades	44
2.4.3. Diversidad de clases de sociedades	45
2.5. La vida social y el Derecho	48

EL DERECHO

3.1. Etimología.....	51
3.2. Conceptos	52
3.3. Diferentes sentidos de la palabra «Derecho»	55
3.4. Derecho vigente	57
3.5. El Derecho válido	58
3.6. Derecho sustantivo y Derecho adjetivo	59
3.7. Los Derechos fundamentales	60
3.8. Fin del Derecho	61
3.9. Derecho natural y Derecho vigente	61
3.10. Derecho positivo	62
3.11. Disciplinas del Derecho	71

FUENTES DEL DERECHO

4.1. Concepto de fuente	81
4.2. Fuentes históricas	81
4.3. Fuentes reales	81
4.4. Fuentes formales del Derecho	82
4.4.1. La legislación	82
4.4.2. La jurisprudencia	95
4.4.3. La costumbre	99
4.4.4. La doctrina	106
4.4.5. La declaración de voluntad	109

SISTEMA JURÍDICO

5.1. Institución jurídica	115
5.2. Sistemas jurídicos	115
5.3. La naturaleza jurídica	116
5.4. La legislación y los sistemas jurídicos comparados	117
5.5. Fuentes y fenómenos religiosos	118

CAPÍTULO II

DERECHO Y MORAL

6.1. Teoría de lo mínimo moral	127
6.2. Derecho y moral	128
6.2.1. Unilateralidad de la moral y bilateralidad del Derecho	128
6.2.2. Interioridad de la moral y exterioridad del Derecho.....	131
6.2.3. Coercibilidad del Derecho e incoercibilidad de la moral	132
6.2.4. Autonomía de la moral y heteronomía del Derecho	134
6.3. Breve historia acerca de la diferencia entre Derecho y moral..	138

LA JUSTICIA

7.1. Introducción	143
7.2. Generalidades	144
7.3. Justicia y Derecho	147
7.4. Características de la justicia	148
7.5. Formas de expresión de la justicia.....	148
7.6. La justicia particular	149
7.7. El problema del Derecho injusto	151
7.8. La justicia como virtud, como concepto lógico y como ideal..	152
7.9. La justicia y los otros valores del Derecho.....	153
7.10. La justicia social	154

LA NORMA JURÍDICA

8.1. Definición	157
8.2. Elementos	157
8.3. Características de la norma jurídica	158
8.4. Clasificación de las normas jurídicas.....	159
8.5. Fin de la norma jurídica	166
8.6. La norma jurídica y sanción	166

8.7.	Validez y cumplimiento de la norma jurídica	167
8.8.	La relación jurídica	167
8.9.	El deber jurídico	168
8.10.	La sanción	168
8.10.1.	Definición	168
8.10.2.	La sanción como elemento	168
8.10.3.	Clasificación.....	168
8.11.	La Coacción y la coercibilidad del Derecho	170

CAPÍTULO III

ESTRUCTURA JERÁRQUICA DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN EL ESTADO PERUANO

9.1.	Primera categoría.....	177
9.1.1.	Primer grado	177
9.1.2.	Segundo grado.....	177
9.2.	Segunda categoría	177
9.2.1.	Las leyes	177
9.2.2.	Normas con rango de ley	178
9.2.3.	Norma con condición de ley	179
9.3.	Tercera categoría	179
9.3.1.	Los decretos	179
9.4.	Cuarta categoría	180
9.4.1.	Resoluciones	180
9.5.	Quinta categoría	182
9.5.1.	Normas con interés de partes	182

TÉCNICA JURÍDICA

10.1.	Generalidades	187
10.2.	Noción de la técnica jurídica	188

10.3. Concepto de técnica jurídica	190
10.4. Lenguaje y estilo	194
10.5. Definiciones	194
10.6. Elaboración y Aplicación del Derecho	197
10.7. Procedimiento de Elaboración	198
 LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA	
11.1. Aspectos preliminares	205
11.1.1. Planteamiento del problema de la interpretación	208
11.2. Los hermeneutas o intérpretes	209
11.3. Marco teórico conceptual	210
11.3.1. Definición de interpretación jurídica	210
11.3.2. La naturaleza de la interpretación	213
11.4. Clases de interpretación	217
11.4.1. Las fuentes de la interpretación	217
11.4.2. Los alcances de la interpretación	221
11.5. Los métodos de interpretación	224
11.5.1. Método gramatical	224
11.5.2. Método lógico	225
11.5.3. Método sistemático	225
11.5.4. Método histórico	226
11.5.5. Método teleológico	227
11.5.6. Método empírico	228
11.5.7. Métodos exégitos	228
11.5.8. Método de libre investigación científica	228
11.5.9. El método de la escuela de Derecho libre	230
11.5.10. Método histórico evolutivo	230
11.6. Las doctrinas de la interpretación	231
11.6.1. La teoría de la exégesis	231
11.6.2. Teoría dogmática	234

EL ESTADO

15.1. Naturaleza del Estado	285
15.2. Evolución del término Estado	285
15.3. Definición y concepciones previas del Estado	287
15.4. Definición sociológica de Estado	293
15.5. Definición histórica de Estado	293
15.6. Definición espiritual de Estado	293
15.7. Definición jurídica de Estado	293
15.8. Definición política de Estado	294

EL ESTADO PERUANO

16.1. Elementos	297
16.2. Fines	301
16.3. El Estado peruano en su contenido orgánico.....	303
16.3.1. El gobierno central	304
16.3.2. Gobiernos regionales	312
16.3.3. Los gobiernos locales.....	313
16.3.4. Organismos constitucionales con funciones específicas	315
16.3.4.1. El Tribunal Constitucional	316
16.3.4.2. El Ministerio Público:	317
16.3.4.3. La Defensoría del Pueblo	319
16.3.4.4. El Jurado Nacional de Elecciones	319
16.3.4.5. La Oficina Nacional de Procesos Electorales	321
16.3.4.6. El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil	322
16.3.4.7. El Consejo Nacional de la Magistratura	323
16.3.4.8. El Banco Central de Reserva del Perú	325
16.3.4.9. La Contraloría General de la República	325

16.3.4.10. La Superintendencia de Banca y Seguros..	326
16.3.4.11. Síntesis general.....	327
16.3.5. La administración pública	327
TEORÍA DEL ESTADO E IGLESIA	
17.1. Los fundamentos de sus derechos	337
17.2. Unión de Iglesia y Estado	339
17.3. Ciudad del Vaticano	341
17.4. Acuerdo entre la Santa Sede y la república del Perú	342
17.4.1. El acuerdo entre la Santa Sede y el Perú	343
17.4.1.1. La relevancia jurídica del acuerdo entre la Santa Sede y el Perú	345
17.4.1.2. Contexto jurídico-político-religioso a la firma del acuerdo	347
17.5. Síntesis conclusiva	348
LAS ESCUELAS DEL DERECHO	
18.1. Jusnaturalismo	357
18.2. Historicismo	360
18.3. Positivismo	360
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	363

Presentación

Este libro constituye un material de consulta para acercarse al conocimiento de la ciencia jurídica. Está estructurado en tres capítulos. En el primero se aborda la naturaleza de las ciencias jurídicas y las fuentes del derecho; en el segundo se trata del Derecho y la moral, la justicia, la norma jurídica. Finalmente en el tercer capítulo, la estructura de la norma jurídica, la técnica jurídica, interpretación jurídica, integración jurídica, aplicación del derecho, el Estado, el Estado peruano, Teoría del Estado e Iglesia y las escuelas del Derecho.

El primer capítulo permitirá conocer a fondo la naturaleza de las ciencias jurídicas, para que de esta forma se conozca cómo nació el Derecho y luego detallar las fuentes del Derecho. Este último tema es de gran importancia para identificar la fuente principal de la que hace uso el Estado peruano.

Ubi homo, ubi ius (Donde está el hombre se encuentra el derecho). Ubi societas, ubi ius (Donde está la sociedad, se encuentra el derecho). El derecho es la secreción de la misma sociedad y la evolución del derecho a través de la historia ha permitido distintas concepciones acerca de cómo interpretar una norma, ya que de acuerdo a los distintos problemas vigentes en una determinada sociedad

(tanto espacial como temporal) la concepción acerca de la interpretación ha ido cambiando.

En este libro se intenta plantear una definición del derecho, la cual no tiene carácter definitivo considerando que la ciencia jurídica por su naturaleza está sujeta al rigor dialéctico y como todo saber científico bien puede sujetarse a lo que sostiene Kant: «Los juristas buscan todavía una definición para su concepto del derecho».

Analizamos las fuentes históricas, las fuentes reales y las fuentes formales. De esa manera, estableceremos que la legislación es la fuente formal más importante que tiene el Derecho, no dejando de tener importancia las demás fuentes formales como son la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y la declaración de voluntad. Es decir, que el sistema jurídico romano-germánico adoptado por nuestro Estado determina que la fuente más importante es la legislación.

Asimismo determinamos la relación y las diferencias entre la moral y el Derecho, Por otro lado, estudiamos los pensamientos jurídicos; la escuela iusnaturalista, el historicismo y el positivismo, como aspectos fundamentales del derecho.

La norma jurídica no se encuentra exenta de estudio, ya que juega un papel importante como creadora de mandatos con carácter obligatorio. También establecemos la jerarquía de las normas jurídicas en el Estado peruano.

Dada nuestra condición de seres dotados de razón, en alguna oportunidad nos hemos preguntado ¿qué es la justicia? Las posibles respuestas a esta interrogante han provocado una infinidad de debates y estudios por parte de filósofos, juristas, ideólogos, políticos. En la actualidad hay una multiplicidad de opiniones y conceptos que están condicionados por el momento histórico, político, económico y social por los que atravesó cada sociedad. No es finalidad del presente estudio definir la justicia, sino dar un vistazo a la per-

cepción que se tiene de ella, quizá comprobemos que la mayoría de nosotros la crea un ideal inalcanzable. A través de muchos siglos se ha considerado al derecho justo, a la justicia, como algo objetivo, más exactamente, como un objeto, una cosa frente a la cual se encuentra sustancialmente la conciencia cognoscitiva. No consideramos que la justicia sea un objeto o una cosa, sino a lo que todo ser humano tiene derecho.

La técnica jurídica es el conocimiento sistemático de las formas de aplicación de las normas abstractas a casos concretos, así como la previa interpretación normativa que integra el derecho. Los nuevos tiempos exigen un mayor esfuerzo para lograr los objetivos trazados y a través del conocimiento e interpretación de las normas jurídicas evitaremos complicaciones y complejidades en el campo del derecho. Nuestro orden jurídico (la Constitución vigente, los llamados códigos, etc.) que legisla nuestros derechos y obligaciones considerándolos como bases y fundamentos no tendría el suficiente valor e importancia si no lo llevamos a la práctica, aplicándolo correctamente a cada caso particular.

Además de una rápida visión sobre las diferentes problemáticas intrínsecas de la interpretación normativa, nuestro objetivo principal es intentar dar una posible solución a este conflicto, ya que dada la ambigüedad, la vaguedad, las limitaciones del legislador y la imposibilidad de este para prever las innumerables situaciones que pudieran llegar a suscitarse, existe una imperante necesidad de interpretar las normas jurídicas.

La evolución del derecho a través de la historia trajo aparejada distintas concepciones acerca de cómo interpretar una norma, ya que de acuerdo a los distintos problemas vigentes en una determinada sociedad (tanto espacial como temporal) la concepción acerca de la interpretación fue cambiando. Estas dificultades fueron creando diferentes métodos para la interpretación normativa, debido a

que las primeras concepciones con el paso del tiempo resultaron obsoletas e ineficaces.

Esto que aparenta ser una simple determinación presenta muchas y diferentes dificultades, entre ellas las contradicciones entre normas jurídicas, la redundancia normativa, las lagunas del derecho y la inoperancia de ciertas normas jurídicas.

El Derecho regula la vida en sociedad aplicándose a los hechos producidos o derivados de las relaciones intersubjetivas con trascendencia jurídica. Esta regulación se realiza a través de la aplicación del conjunto de normas jurídicas que constituyen el derecho positivo. La aplicación del Derecho debe consistir entonces en la culminación de un proceso lógico mental que se da desde una regla general hasta la adopción de una decisión particular. La aplicación de las normas jurídicas se caracteriza, de este modo, como manifestación de la vigencia del derecho. Pero el supuesto de hecho de la norma es siempre de carácter general en relación a la descripción del hecho al cual habrá de ser aplicado, por lo que surge la necesidad de subsumir adecuadamente este último dentro de aquél, lo que se consigue a través de la interpretación.

Las normas jurídicas en las que el Derecho vigente se encuentra plasmado se expresan mediante el lenguaje, pero éste, al prescribir una norma, puede ser oscuro y/o dudoso, puede tener un trasfondo doctrinario y/o un sentido técnico, etc. Puede a primera impresión expresar no precisamente la voluntad del legislador; de repente no con exactitud y probablemente hasta ni siquiera cercanamente podría contener la intención que éste tuvo para sancionar la norma vigente, o dicha norma puede incluso ser reproducción cercana o fiel de una norma extranjera, en cuyo caso es posible que ni el legislador supiera el sentido exacto y cabal de la norma que habría puesto en vigencia. Los hechos, a su vez, pueden ser tan variados y diversos que no se dejan prever total e inequívocamente por las normas jurídicas.

El jurista suizo Claude Du Pasquier afirma que «Los profanos reprochan algunas veces a los juristas las discusiones que provoca la interpretación del derecho; se sorprenden de que los redactores de leyes no hayan logrado elaborar textos suficientemente claros para que su manejo esté excepto de incertidumbre. Es desconocer la infinita diversidad de los hechos reales: éstos no se dejan reducir a fórmulas indelebiles; escapan a todas las previsiones. No es necesario mucho tiempo de práctica judicial para constatar cuán frecuentes son los casos extraordinarios e imprevisibles que surgen en las fronteras o aun fuera de las categorías comprendidas en las reglas legales».

Así como el lenguaje muchas veces puede no ser claro, las normas jurídicas, por tener que valerse del elemento lingüístico para expresarse, no escapan a esta posibilidad, a lo que contribuye la diversidad de los hechos. La doctrina, sin embargo, es casi unánime en considerar que al interpretar no estamos solamente ante una mera posibilidad de falta de claridad en el texto de la norma, puesto que la interpretación de las normas siempre está presente al momento de aplicar el derecho; por más que la norma que va ser objeto de interpretación no revista mayor complicación para desentrañar su significación y sentido.

Cabría, en todo caso, hablar de mayor o menor grado de dificultad para interpretar una norma jurídica, pero nunca de la posibilidad de prescindir de hacerlo, de tal modo que existirá siempre la ineludible necesidad de la interpretación de la norma jurídica.

De acuerdo al artículo 139° inc. 8 de la Constitución, ante el vacío o deficiencia de la ley, que en sentido amplio y general debe entenderse como normas jurídicas (derecho positivo), se puede aplicar el Derecho recurriendo a los principios generales del Derecho y al Derecho consuetudinario. Por ello, sólo a través de las normas jurídicas se podrá aspirar, con la mayor expectativa de éxito, a

encontrar la más definida voluntad de la ley para la solución del caso concreto que se quiere resolver mediante la aplicación del Derecho.

La interpretación no tiene como objeto sólo la ley o la norma jurídica sino también la interpretación del Derecho no codificado o no normado. Más aun, incluso los hechos son objeto de interpretación, por lo que se ha dicho que la interpretación es una labor muchas veces planteada por una cierta situación social en una determinada realidad histórica.

El Estado es la forma institucional en que se han organizado las sociedades más desarrolladas. El estado es generador de un orden social que requiere de formas de regulación normadas por el Derecho. El Estado es consustancial al derecho, allí donde hay derecho hay la necesidad de la existencia de una organización que haga cumplir el mandato de la norma, esto es la coacción que se hace exigible mediante el Estado. Se define al Estado como la sociedad jurídicamente organizada. Por ello, la importancia de saber cómo surge y se desarrolla el Estado, articulando su correspondencia con el derecho constitucional.

Contemporáneamente, es imposible hablar del Derecho sin asociarlo al Estado y sus diversos órganos. El congreso emite las leyes; el presidente de la República emite decretos y visa resoluciones; el poder judicial dicta resoluciones de administración de justicia; los organismos públicos tales como el Banco Central de Reserva del Perú producen normas sobre varios temas, por ejemplo, el régimen cambiario o las condiciones en que se realizan las operaciones de crédito; los títulos de los periódicos están llenos de alusiones a los fiscales, ministros, etc. En cada uno de esos casos, podemos apreciar que, de diversas maneras, los órganos del estado están vinculados estrechamente al Derecho.

Es más: vivimos inmersos en el Estado y nos parece natural que así suceda (estemos o no de acuerdo con todo lo que hace y, sobre

todo, con cómo lo hace). El Estado cobra impuestos, regula el comercio, hace obras públicas, mantiene el orden, emite documentos nacionales de identidad y partidas de nacimiento. En fin, tenemos que ver cotidianamente con él en muchas circunstancias. No siempre fue así: el Estado tal como lo conocemos ahora es producto de los últimos siglos de existencia de la humanidad (desde el siglo XVI en adelante, según la historia de cada país) y en tiempos pretéritos las cosas ocurrían de manera totalmente distinta.

No hay que dejar de lado la relación y la importancia que tiene la Iglesia en el Perú. En ese sentido, hemos de tratar el Acuerdo de la Santa Sede con el Estado peruano como un aspecto fundamental. El tema de la integración de la norma jurídica es tan esencial en esta asignatura, ya que se nos presenta para poder determinar cuáles son los modos de integración: los principios generales del derecho, la analogía y la equidad.

Finalmente, cada Estado establece su propio sistema jurídico y en términos generales sus disposiciones rigen así: En el ámbito espacial dentro del territorio del Estado del que se trate; y en el ámbito temporal, a partir de su plena entrada en vigencia. La declaración de la voluntad puede, eventualmente, determinar que sus disposiciones rijan retroactivamente, siempre que ello no vaya contra normas legislativas o jurisprudencias que estatuyan lo contrario mandatoriamente.

El autor

CAPÍTULO I

«LO QUE SABEMOS ES UNA GOTA
DE AGUA; LO QUE IGNORAMOS
ES EL OCÉANO»

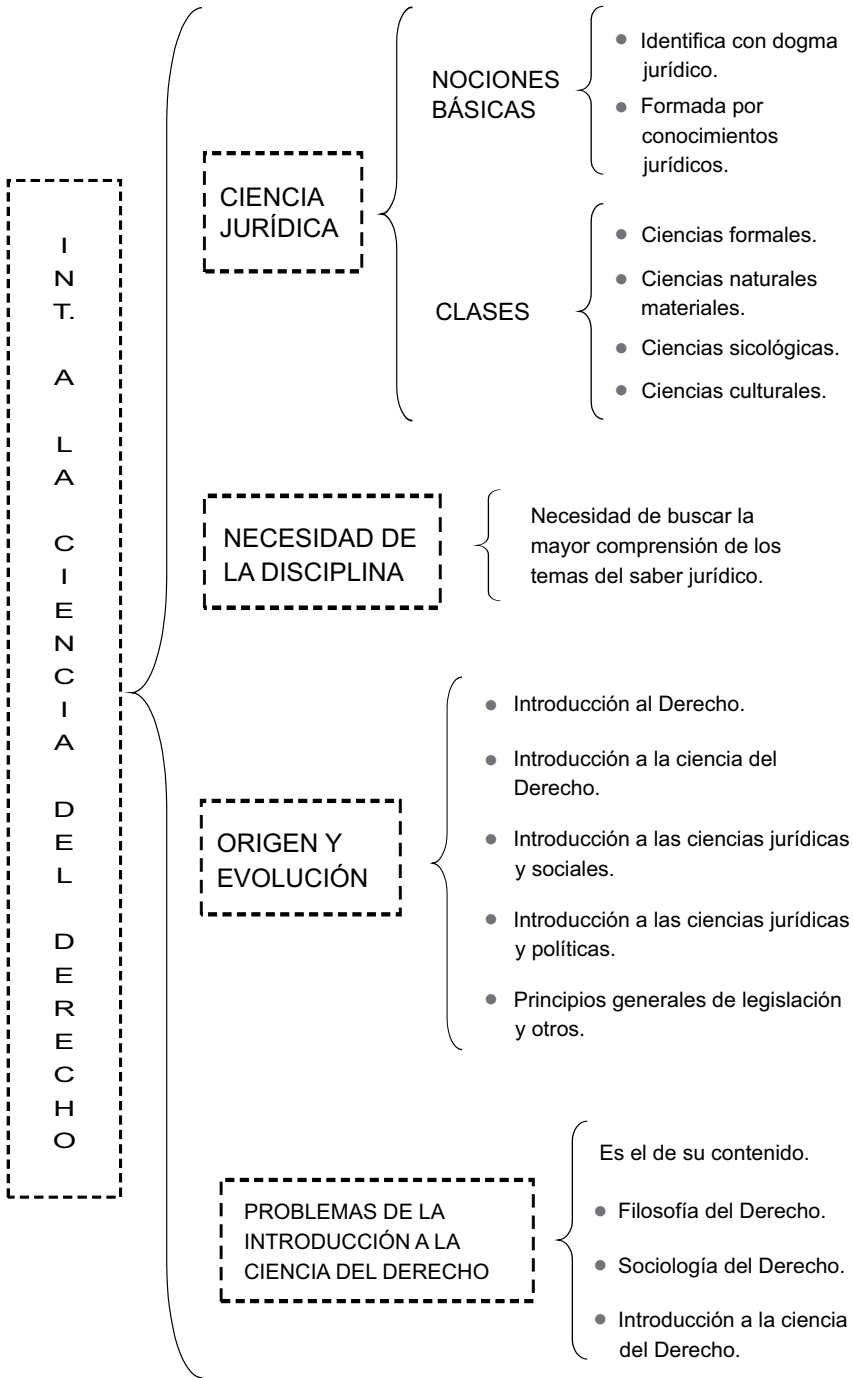
Isaac Newton

«CADA DÍA SABEMOS MÁS Y
ENTENDEMOS MENOS»

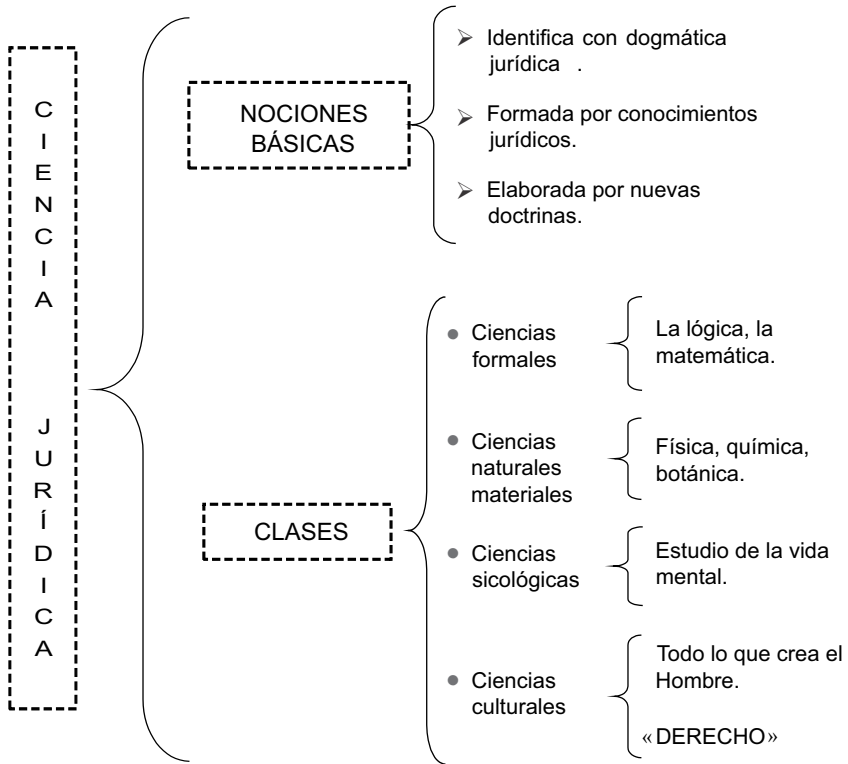
Albert Einstein

INTRODUCCIÓN A LA CIENCIA DEL DERECHO

CONTENIDO: 1.1. Ciencia jurídica 1.2. Necesidad de la disciplina 1.3. Origen y evolución 1.4. Los problemas de la introducción a la ciencia del Derecho.



1.1. CIENCIA JURÍDICA



La ciencia del derecho, jurisprudencia o dogmática jurídica es la ciencia cuyo objeto es el derecho.

En un sentido estricto, la ciencia jurídica se identifica con la dogmática jurídica; por eso en muchos textos encontramos la expresión dogmática jurídica o ciencia jurídica propiamente dicha. Como bien dice Recaséns Siches, la jurisprudencia dogmática como ciencia jurídica stricto sensu tiene por objeto conocer, entender o interpretar y sistematizar las normas de un ordenamiento de Derecho. En un segundo sentido, la ciencia del derecho se refiere a todos los estudios científicos sobre este, con exclusión de la filosofía. Y en un tercer

sentido, la ciencia jurídica designa a todas las disciplinas jurídicas; a todo el saber jurídico.

La ciencia jurídica está formada por el conjunto de conocimientos jurídicos descubiertos y adquiridos por medio del estudio sistemático de las múltiples y variadas concreciones de la experiencia humana milenaria. Los cultores de la ciencia jurídica son los juristas que interpretan y desarrollan el conocimiento jurídico mediante la doctrina y el conocimiento teórico.

La ciencia jurídica es la elaboración de nuevas doctrinas, nuevas teorías o el avance de las doctrinas o teorías preexistentes, la creación de nuevas formas de interpretación, la sistematización de las diversas propuestas de interpretación existentes, etc. Esta es labor del jurista. A esta labor se debe la evolución del pensamiento jurídico a sus grados eminentes actuales, la sistematización de los ordenamientos jurídicos, las diversas teorías generales sobre el Derecho: teoría general de los hechos y los actos jurídicos, teoría general de los contratos, teoría general del Derecho penal, etc.

Las ciencias se clasifican en:

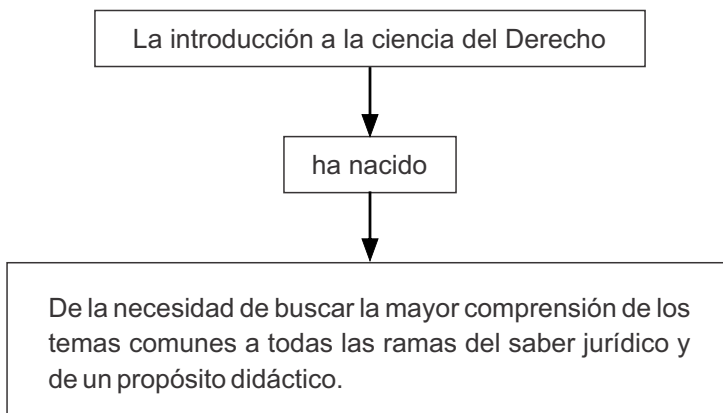
- a) Ciencias formales (la lógica, la matemática y la cibernética) que tienen objetos ideales, abstractos, como números, variables proposicionales, etc. Sus enunciados expresan relaciones abstractas entre signos y conceptos, su método es la lógica, la deducción, con un criterio de verdad asegurada por la demostración.
- b) Ciencias naturales materiales que tienen objetos reales como sustancias químicas, comportamientos humanos. Sus enunciados se refieren a sucesos o procesos; utilizan como método, además de la lógica, la observación y experimentación, cuya verdad se asegura con la verificación (física, química, botánica, astronomía, etc.);

- c) Ciencias naturales sicológicas que se encargan del estudio de la vida mental.
- d) Ciencias culturales que estudian la actividad humana. Sabemos que cultura es todo de lo que proviene de la conducta humana y la conducta humana misma, es decir, todo lo que crea el ser humano y que se plasma en su mundo conceptual o en bienes extraídos de la naturaleza a los cuales da forma y uso en servicios materiales o espirituales o en formas de organización social o de regulación de conducta humana.

El Derecho se ubica en el campo de las ciencias culturales porque él no es naturaleza sino vida humana; no es ciencia natural sino que forma parte de las llamadas ciencias del logos, de la cultura, de los sentidos humanos.

Al Derecho se le denomina ciencia jurídica, epistemología jurídica (*epísteme* = ciencia), doctrina jurídica, dogmática jurídica, jurisprudencia, etc. Desde el Derecho romano a la ciencia del Derecho se le denomina jurisprudencia.

1.2. NECESIDAD DE LA DISCIPLINA



1.3. ORIGEN Y EVOLUCIÓN

La introducción a la ciencia del Derecho surge de la necesidad de impartir los conocimientos generales y básicos de dicha disciplina, en forma ordenada y sistemática como preparación para abordar los temas especiales que constituyen el contenido de diversas ciencias que integran la dogmática jurídica.

Los notorios vacíos y las deficiencias en la enseñanza del Derecho, en muchos países de Europa y América Latina, obligaron a las universidades a establecer la cátedra de introducción en esta disciplina.

Dicha materia ha sido denominada diversamente. Se le conoce con los nombres de:

1.	Introducción al Derecho.
2.	Introducción a la ciencia del Derecho.
3.	Introducción a las ciencias jurídicas y sociales.
4.	Introducción a las ciencias jurídicas y políticas.
5.	Principios generales de legislación.
6.	Introducción a la legislación, entre otros.

1.4. LOS PROBLEMAS DE LA INTRODUCCIÓN A LA CIENCIA DEL DERECHO

El primer problema de la introducción a la ciencia del Derecho es el de su contenido.

A continuación se presenta un cuadro en el cual diferenciamos la introducción a la ciencia del Derecho de la filosofía y la sociología:

<p style="text-align: center;">Filosofía del Derecho</p> <p>Tiene como tema central el derecho mismo, en cuanto su esencia, a su conocimiento y a lo que debe ser.</p>	<p style="text-align: center;">Introducción a la ciencia del Derecho</p> <p>Comprende cuestiones que pertenecen al campo de la ciencia del Derecho o dogmática jurídica que no corresponden a la filosofía.</p>
<p style="text-align: center;">Sociología del Derecho</p> <p>Estudia en función de los factores sociales que intervienen en su nacimiento y en su evolución.</p>	<p style="text-align: center;">Introducción a la ciencia del Derecho</p> <p>Presenta las nociones básicas y los fundamentos generales para todo estudio de este orden del saber.</p>

Los temas generales que constituyen los fundamentos para el estudio de todas las ramas de la dogmática jurídica comprenden la norma, de las fuentes y la técnica jurídica, los valores del Derecho y la evaluación del pensamiento jurídico.

Para el profesor Mario Alzamora Valdez, el curso de Introducción a la Ciencia del Derecho debe comprender los siguientes temas:

1.	En concepto de Derecho.
2.	El cuadro de las disciplinas jurídicas fundamentales
3.	Las relaciones entre el Derecho y otras formas de la cultura.
4.	La teoría de la norma jurídica.
5.	El derecho subjetivo.
6.	Las fuentes del Derecho.
7.	Elementos de la técnica jurídica.
8.	Los valores del Derecho.
9.	La evolución del pensamiento jurídico.

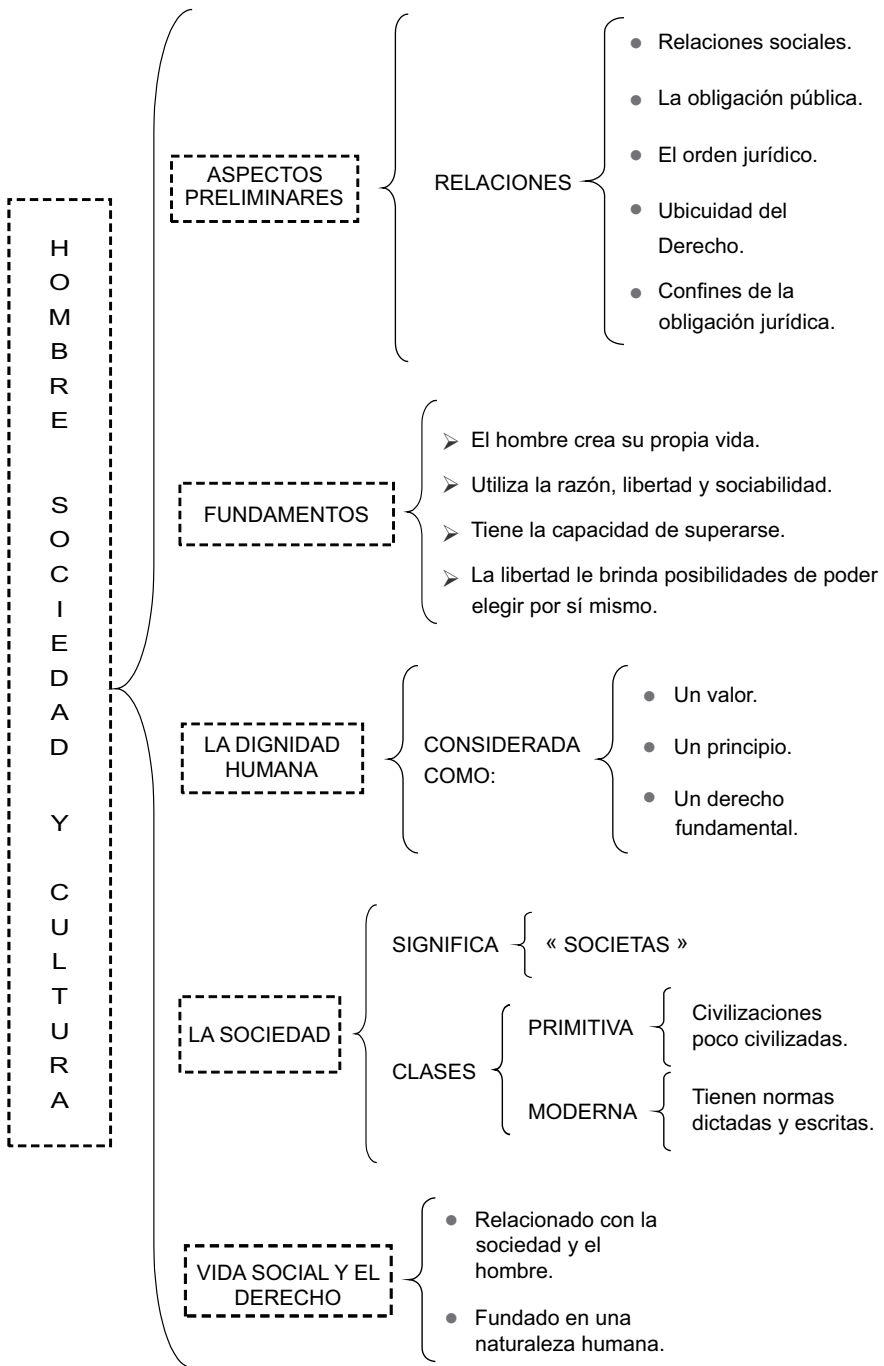
Señala, además, que es imprescindible la presentación de los cuadros de las disciplinas jurídicas para la comprensión científica y filosófica del Derecho. Por otro lado, la precisión del concepto de Derecho exige que se establezcan los límites que lo separan de otras expresiones afines de la cultura.

Es necesario que los estudiantes adquieran una comprensión del Derecho como conducta social humana regulada por normas para la realización de valores y el estudio de los problemas relacionados con las fuentes del Derecho, así como las cuestiones generales de la técnica jurídica.

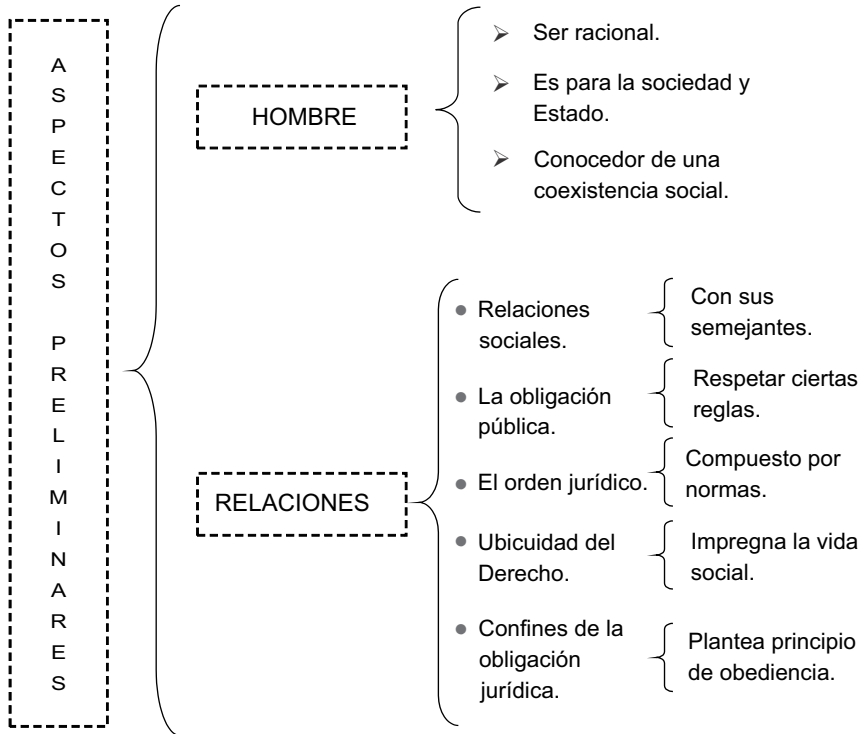
En conclusión, existen varios puntos de vista sobre el contenido de la introducción a la ciencia del Derecho. Coincidimos con la que la propuesta de Mario Alzamora Valdez, ya que éste sostiene que los temas de esta asignatura se proyectan a un ámbito general y específico.

HOMBRE, SOCIEDAD Y DERECHO

CONTENIDO: 2.1. Aspectos preliminares
2.2. Fundamentos 2.3. La dignidad humana
2.4. La sociedad 2.4.1. Origen 2.4.2. Grupos primarios
de sociedades 2.4.3. Diversidad de clases de
sociedades 2.5. La vida social y el Derecho.



2.1. ASPECTOS PRELIMINARES



La naturaleza humana es «aquella esencia por la cual los seres poseen en sí mismo, y en cuanto tales, los principios que animan su obrar» (Aristóteles, 1943). Se trata de tendencias que conducen a la consecución de los fines propios de cada ser; así, de manera connatural, el hombre tiene dignidad (García Toma, 2007).

Según Casado (2011), el hombre es un ser animado racional. Varón, criatura racional de sexo masculino. (p.443)

El hombre es para la sociedad y el Estado el centro y sentido de su accionar. En ese doble papel de individuo y portador de relaciones sociales es objeto de defensa en cuanto a su dignidad, lo que en

esencia se presenta como aquella máxima donde cada ser humano es homólogo, en respeto y protección, a otro por su sola condición de tal, más allá de sus secundarias diferencias. La dignidad es la categoría objetiva de un ser humano que reclama, ante sí y ante otros, estima, custodia y realización; de ahí que aspire a la plasmación de sus propósitos y anhelos más íntimos.

El hombre es un ser cuya peculiar naturaleza se diferencia de la de los demás seres por el goce y ejercicio de la razón, la voluntad libre y la tendencia irresistible a la sociabilidad; ocupa la más alta jerarquía sobre los demás seres vivos. La razón es aquella facultad por medio de la cual el hombre puede discernir y juzgar; se trata de una capacidad inherente al ser humano que permite ajustar conscientemente su pensamiento a las exigencias diarias de la existencia y la coexistencia social.

La voluntad libre puede entenderse como el pleno albedrío y la posibilidad de proceder según la propia determinación; consiste en que el hombre dispone de sí mismo. Según Juan Pablo II, «La razón permite a la libertad alcanzar el sentido de lo que se hace o se rehúsa a hacer».

Las relaciones sociales: A cada instante, el hombre se halla en contacto con sus semejantes. En primer lugar, él se desarrolla en el marco de la familia; después, en la escuela obedece a maestros y juega con sus compañeros. Más tarde, su profesión, su existencia económica, sus deportes, sus placeres, su vida religiosa o simplemente su paso por la calle engendra una infinidad de relaciones con los demás, ocasionales o duraderas. En una palabra, vive en un medio social.

La obligación pública: De estas relaciones, muchas están sujetas a obligaciones: ya en el juego se está obligado a respetar ciertas reglas. En la vida corriente se está ligado por conveniencias más o menos imperiosas según el medio, rígidas en los círculos donde se

observa «la etiqueta». En presencia de un amigo que se halla en desgracia nos sentimos llamados a testimoniarle nuestra simpatía o, si se quiere, a prestarle ayuda. Sin embargo, las obligaciones que aparecen en estos ejemplos no son impuestas por ninguna autoridad constituida; de infringirlas se incurre en los reproches de la conciencia, la reprobación o el menosprecio de los más, quizás el abandono, pero jamás una citación ante un tribunal, ni la intervención de la policía.

En cambio, otras obligaciones ejercen una presión más fuerte. Si yo no pago la factura de mi sastre, éste puede demandarme, embargarme mis bienes. Si paseando en moto después de entrada la noche, no llevo la luz encendida, una multa me traerá a la memoria la observancia de la ley. Si sobre los artículos de mi fabricación pongo una marca que imita la de mi competidor, éste, por acción en justicia, podrá prohibirme el empleo y hacer que me condenen a la reparación del perjuicio que haya causado. De esta manera, los deberes que he violado –deberes de pagar a mi sastre, de llevar la luz encendida, de respetar la marca de mi competidor– proceden de reglas estrictas detrás de las cuales está la fuerza pública. Las sanciones que las apoyan están organizadas por lo poderes establecidos; son dictadas por el Derecho.

El orden jurídico: Hemos proyectado así una primera luz que diferencia dos categorías de deberes: aquellos cuya observación es dejada a nuestro libre arbitrio, como los que prescriben la cortesía, la lealtad, la caridad, y aquellos que resultan de reglas sancionadas impuestas por el Derecho.

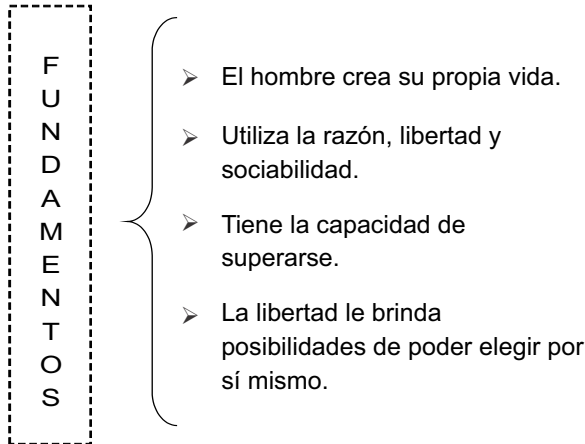
Estos forman el orden jurídico. En cuanto a los primeros, se les comprende a veces bajo la denominación de orden moral; pero con frecuencia se prefiere reservar exclusivamente estos términos a los deberes que reposan sobre la conciencia moral y ordenar las reglas de convivencia bajo la denominación de «costumbres».

Según los tiempos y lugares, el mismo precepto puede corresponder a una u otra de estas tres categorías: derecho, moral, costumbres. Así, el respeto del domingo puede concebirse sea como principio de moral religiosa, sea como uso establecido por las costumbres; pero también puede ser incorporado al orden jurídico, bajo alguno de sus aspectos particulares, por una reglamentación oficial que ordene cerrar ciertos establecimientos o prohíba ciertas diversiones el domingo.

Ubicuidad del Derecho: El Derecho se desliza por todas partes; impregna la vida social. A cada paso lo encontramos en la existencia cotidiana y no solamente bajo la forma de reglas de policía. ¡Cuántas relaciones jurídicas han sido necesarias para que llegue a mis manos la tela con que me visto, para que en mi presencia se exhiba la película que fui a ver al cinema! Hasta el más íntimo de los sentimientos –el amor– perfila su sombra sobre la pantalla del Derecho: esponsales, fidelidad conyugal, investigación de la paternidad.

Los confines de la obligación jurídica: La distinción entre obligación de derecho y obligación no jurídica no siempre es tan fácil como parece a primera vista. Sin duda, bajo su aspecto típico, estas dos nociones se oponen claramente; pero en sus confines están tan próximas que es más difícil fijar un límite. Así, es el Derecho el que plantea el principio de obediencia que un hijo debe a su padre; pero ¿quiere decir esto que toda orden dada por un padre a su hijo da lugar a un deber jurídico?

2.2. FUNDAMENTOS



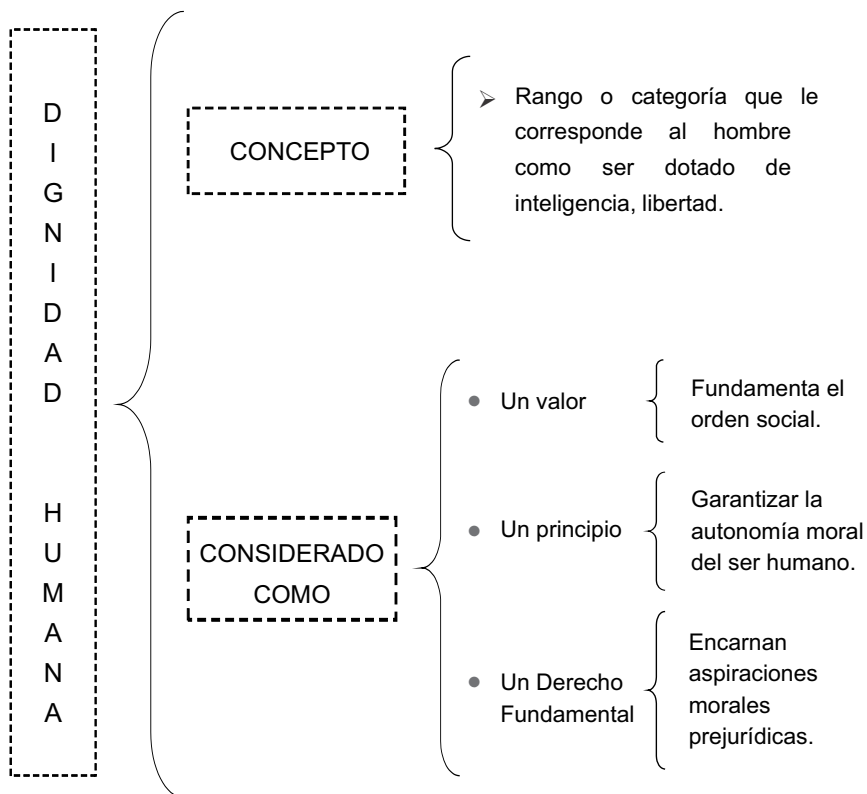
El hombre requiere crear su propia vida y para esta tarea tiene facultad y posibilidad que no aparecen en los animales. Los alcances de la existencia humana no están ni pueden determinarse; el hombre elige, decide y actúa sobre su propia vida. Por medio de su razón, libertad y sociabilidad puede construir, reformar o destruir su propio mundo; algo imposible para los animales, por más especializados y perfectos que sean sus instintos.

El ser humano tiene la capacidad de superarse y perfeccionarse como lo expone el filósofo José Ortega y Gasset (Aftalión, 1960).

La libertad no es una potencia psicológica o una energía, sino aquello que ante la relación del hombre y sus circunstancias le presenta a éste una pluralidad de posibilidades y le impele a la necesidad de elegir por sí mismo y con responsabilidad.

Señala Juan Donoso Cortés que «Dios hizo a la sociedad para el hombre y el hombre para sí» (p1946).

2.3. LA DIGNIDAD HUMANA



Es el rango o categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a todo lo creado; que comporta un tratamiento acorde en todo momento con la naturaleza humana, por lo que hay exigencia de que sus congéneres y el Estado actúen frente a él de acuerdo con su naturaleza misma de hombre (González Pérez, 1986).

La dignidad humana como un valor constitucional superior, como un principio e incluso como un derecho fundamental.

La dignidad como un valor

Los valores superiores son conceptos esenciales, fundamentadores del Estado y del ordenamiento jurídico (Díaz Revorio, 1997).

Nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido esta categoría, no obstante que no ha sido mencionada expresamente en nuestra Carta Fundamental: «si bien nuestra Constitución no incorpora expresamente una disposición constitucional que haga alusión a los valores superiores, ello no quiere decir, en modo alguno, que nuestra Constitución de 1993 no los consagre o carezca de ellos. Los valores que fundamentan el orden social y jurídico pueden deducirse implícitamente de dicho orden o venir expresados precisamente en una norma legal, o incluso en una norma constitucional».

La dignidad humana es considerada, además, como la base sustantiva de todos los derechos humanos y fundamentales, siendo su «núcleo» y «valor de referencia» (Aspectos e implicaciones de una interpretación integral-material de los derechos fundamentales. En Derecho y libertades, 2001).

Como señala Pérez Luño, es el «valor básico (Grundwert) fundamentador de los derechos humanos (...). La dignidad humana ha sido en la historia, y es en la actualidad, el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona» (Pérez Luño, 1989, p.280 y 281).

El Tribunal Constitucional, considerándole un valor superior, ha señalado que la dignidad humana «fundamenta el contenido de cada derecho fundamental, impone al Estado diversas obligaciones, tanto de protección como de promoción».

La dignidad como un principio

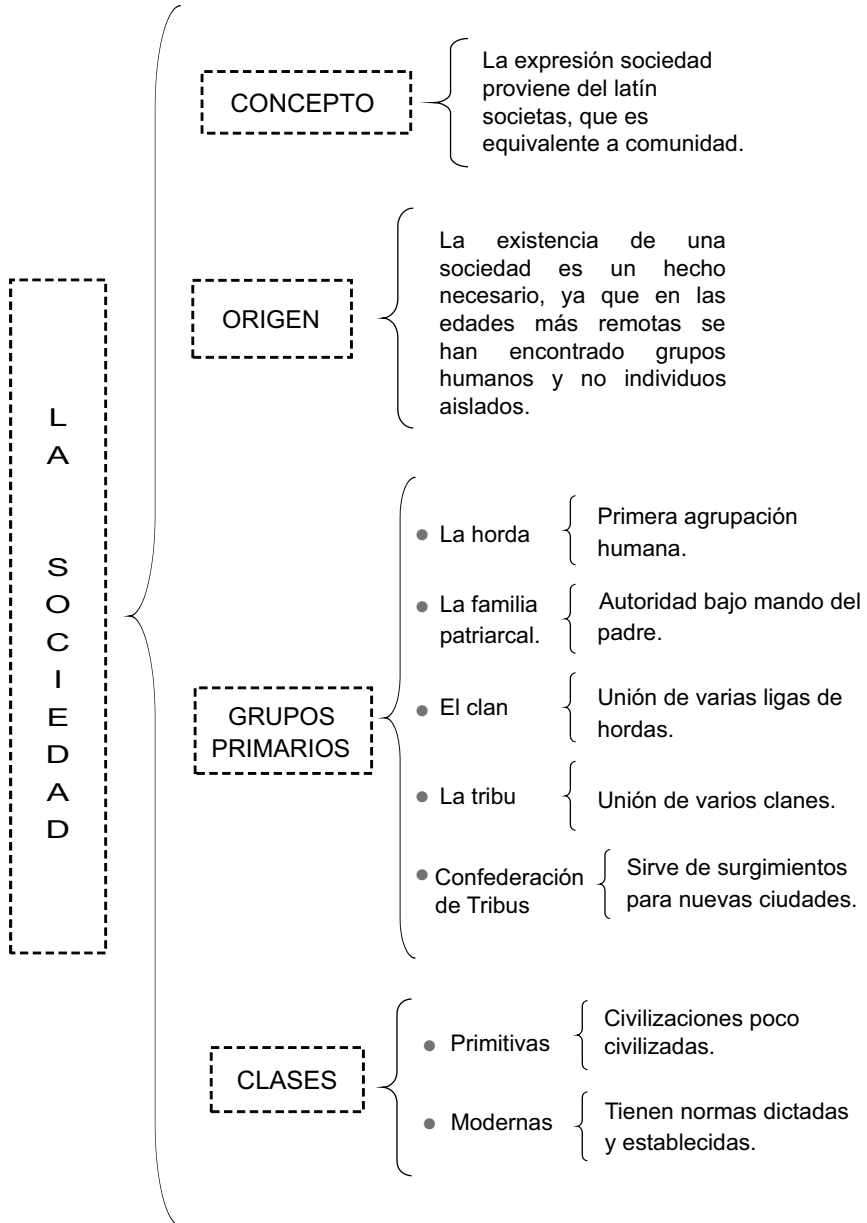
Siguiendo al profesor Alexy, «los principios son normas que ordenan que algo sea realizado, en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que puedan ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas» (Alexy, 1997, p.81).

Es más, si la dignidad no es mirada tan solo como un «umbral mínimo» de humanidad sino incluso como una exigencia vinculada al desarrollo pleno de cada persona, se entiende que existe también una obligación de asegurar y fortalecer las autonomías personales, y hasta de promover y permitir que cada persona elija y realice su plan de vida, debiéndosele proporcionar (básicamente desde el Estado) las prestaciones necesarias, así como implementarse los mecanismos y las instituciones que lo hagan posible. El Tribunal Constitucional ha puesto énfasis en la vinculación de ambas garantías (satisfacción de necesidades básicas / optimización de la autonomía personal), señalando que «el principio-derecho de dignidad humana (...) está orientado a la cobertura de una serie de necesidades básicas que permitan garantizar la autonomía moral del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad.

La dignidad como un derecho fundamental

Peces Barba (2004) afirma: «Según la doctrina clásica, los derechos fundamentales encarnan aspiraciones morales prejurídicas, valen como auténticas normas al estar reconocidas en el ordenamiento positivo y deben entenderse a la luz de su historicidad como demandas sociales» (p.29). Este sería, precisamente, el caso del derecho a la dignidad contenido en el artículo 1 de la Constitución.

2.4. LA SOCIEDAD



«La expresión sociedad proviene del latín *societas*, que es equivalente a COMUNIDAD: ésta viene a ser la unión de una pluralidad de hombres que aúnan sus esfuerzos de modo estable. Los seres humanos, respecto a la sociedad, son parte del “todo”; por tanto, coexisten en una relación permanente e indisoluble para la realización de fines individuales y comunes» (Palacios, 1971).

2.4.1. Origen

El hombre siempre ha estado incorporado a una sociedad, sujeto a un sistema de interrelaciones dentro de un espacio. El hombre, desde su nacimiento, está en una red múltiple de regulaciones sociales. El hombre dentro de la sociedad encuentra una integración de varias manifestaciones de su vida y también la posibilidad de alcanzar sus fines. La existencia de una sociedad es un hecho necesario, ya que en las edades más remotas se han encontrado grupos humanos y no individuos aislados. (Moreira, 2003)

No puede concebirse a la persona humana fuera de la sociedad, ni mucho menos en contra de ella, pues a través de las relaciones sociales es que complementa su condición de indigencia biológica (necesidades), establece comunicación (lenguaje), desarrolla su ética (fraternidad) y obtiene seguridad y bienestar (justicia). Aristóteles señala que la existencia de un ser aislado y solitario llevaba a la conclusión de que éste se trataba o de un dios o de una bestia.

La sociedad ha tenido un cambio radical, es decir, ha pasado de una simplicidad donde se fueron constituyendo pequeñas aldeas, grupos hasta llegar a una complejidad debido a la evolución que esta ha tenido a lo largo del tiempo, para luego convertirse en un Estado, la estructura sociopolítica más perfecta.

2.4.2. Grupos primarios de sociedades

Según Moreira (2003) encontramos las siguientes:

- **La horda:** considerada como la primera formación de agrupación humana. Grupos vagabundos, errantes o nómadas, cuyas funciones solo se limitaban a la conservación y procreación de la especie. Su organización interna se efectúa alrededor de un jefe, son unidos entre sí, pero totalmente aislados de los demás grupos análogos a los suyos.
- **La familia patriarcal:** la sociedad primitiva se ha estructurado merced y bajo autoridad del padre de familia. La familia constituye el núcleo social primitivo, de carácter cerrado, unidos por el lazo de parentesco, donde el padre es el jefe supremo y su vínculo social es de carácter religioso.
- **El clan:** productor de la unión de varias ligas de hordas como consecuencia del parentesco establecido por la agnación y la exogamia.
- **La tribu** es el resultado lógico de la expansión social de los organismos que le precedieron en el tiempo y en el espacio. Constituyen la unión de varios clanes con intereses familiares y conservación del grupo. Su vida era sedentaria, dedicada a la agricultura, caza y pesca. El parentesco o consanguinidad es lo que mantiene la solidaridad entre todos, siendo este la base de la organización social.
- **Confederación de tribus:** en esta forma de sociedad se manifiesta la identificación del idioma o dialecto, para que se pueda alcanzar una unidad. La confederación de tribus sirve de fundamento al surgimiento de las ciudades antiguas, cuyos mejores ejemplos nos ofrecen las del tipo greco-romanas (La polis y la «civitas»).

2.4.3. Diversidad de clases de sociedades

Macionis (2001) manifiesta en dos tipos de sociedades:

➤ **Las arcaicas o primitivas:** Los primeros momentos de la sociedad primitiva se pueden conocer por medio de tres clases de testimonios:

- ✓ Narración de observadores contemporáneos de civilizaciones menos avanzadas que la suya. Estos testimonios son lo mejor que podíamos esperar, ya que ha habido épocas donde ciertos hombres entrenados en el hábito de la observación metódica han estado realmente en posición de observar y descubrir la infancia de la humanidad.
- ✓ Los datos que algunas razas han observado de su historia primitiva están escritos en muchos libros clásicos famosos.
- ✓ El Derecho antiguo se preservaba por el simple hecho de ser «antiguo», ya que aquellos que lo practicaban y obedecían no pretendían comprenderlo, no daban explicación de él, excepto si venía de sus antepasados.

En una sociedad primitiva no existen autoridades que puedan cambiar las normas vigentes. La noción de una autoridad facultada para dictar leyes tiene un origen muy reciente. En esta sociedad, el contenido de lo que es Derecho por sí solo no se puede diferenciar del contenido de la moral.

➤ **Las modernas:** Tienen por lo menos dos características que las diferencian de las sociedades primitivas. En cuanto al Derecho serían:

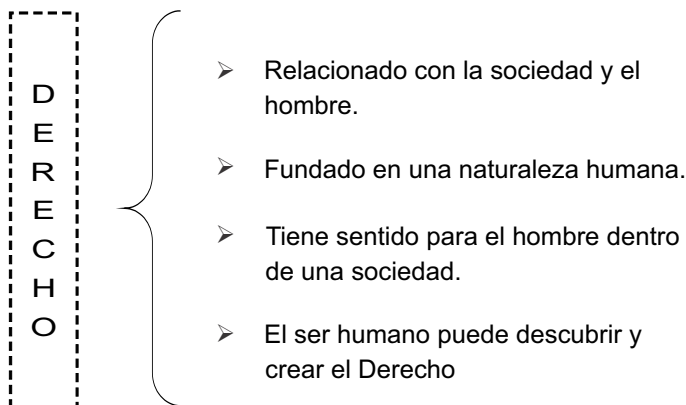
- ✓ Tienen la posibilidad de que las normas sean dictadas, del modo que los contenidos de las normas jurídicas pueden ser absolutamente aleatorios. Lo que es válido hoy puede dejar de ser válido mañana.
- ✓ Ellas no son necesariamente el resultado de sentidos de convivencia amplia y espontáneamente compartidos al interior del grupo.

Los dos caracteres mencionados hacen que el derecho moderno sea extremadamente más formal que el sistema de reglas que rige una sociedad primitiva. En la sociedad moderna aparecen nuevas formas de organizaciones políticas. El Estado, con un fuerte poder centralizado y con una base territorial definido, es el marco imprescindible en el que se realiza cambios económicos, sociales y culturales.

«Normalmente la vida del hombre se desarrolla en sociedad, porque así lo imponen las leyes de la naturaleza a que está sujeta nuestra especie. La vida humana es (...) de relación; las actividades de los hombres se desenvuelven las unas al lado de las otras, tendiendo a alcanzar propósitos independientes entre sí, o en común objeto, o bien persiguiendo por medios encontrados fines opuestos y dando nacimiento a inevitables conflictos» (Trinidad García, 1986).

La explicación de las razones y fines de la vida en sociedad se sintetiza en el hecho de que el hombre para ser y desarrollarse como tal, requiere de la sociedad. No hay en efecto vida social sin un mínimo de disciplina. Esta necesidad implica reglas estables y una autoridad que asegure el respeto. En una palabra, todo grupo humano tiende naturalmente hacia una organización que concentre la fuerza en manos de un poder y establezca así una diferenciación entre gobernantes y gobernados. De esta manera se establece el derecho desde la cuna de las civilizaciones. Ubi societas, ibi jus.

2.5. LA VIDA SOCIAL Y EL DERECHO

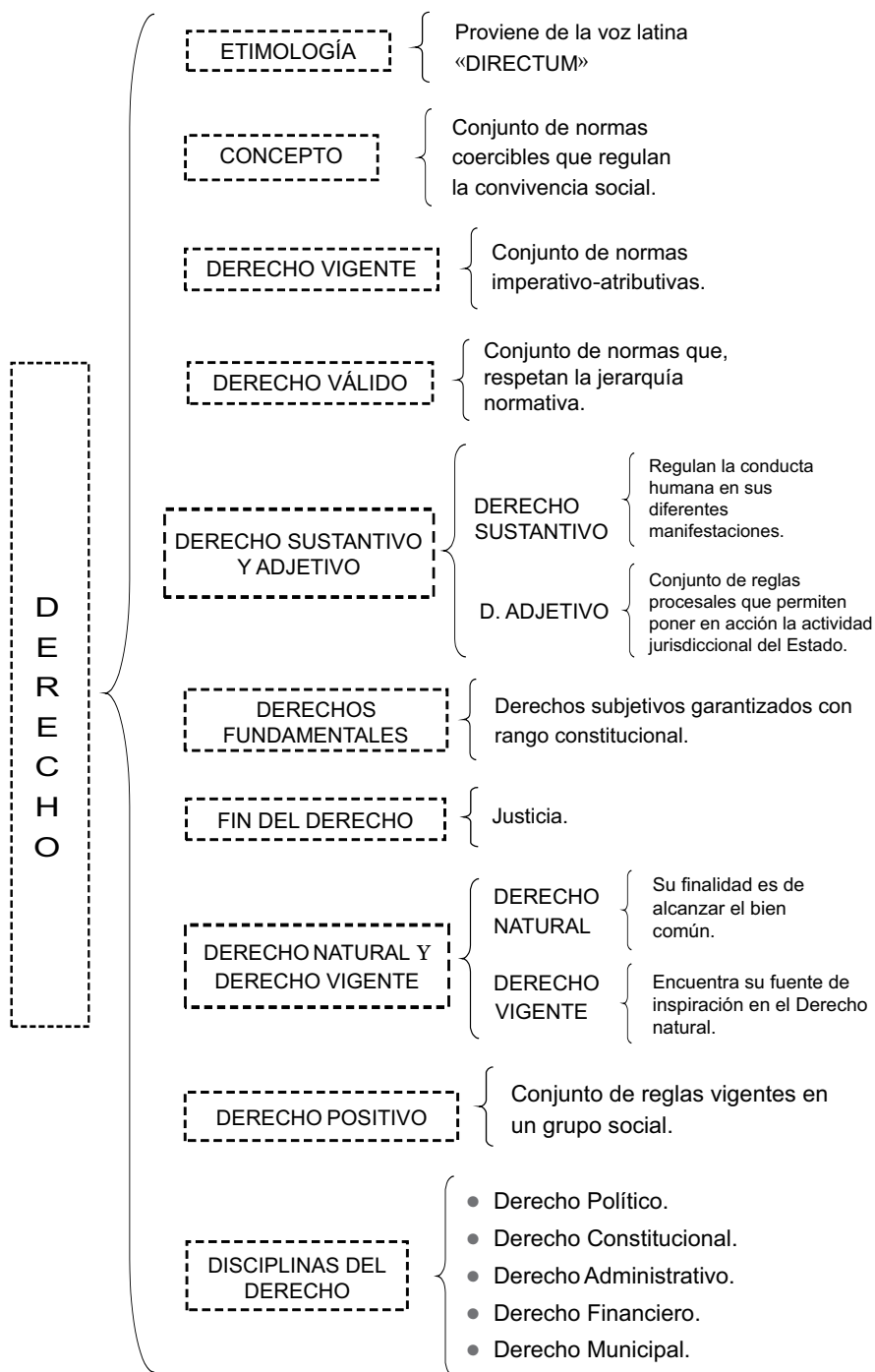


El Derecho representa aquel conjunto de normas que, fundadas en la naturaleza humana, configuran el orden social.

Monroy, Marco (2010) menciona que el supuesto previo fundamental en la noción del Derecho es la existencia de la sociedad, pues el derecho tiene sentido para el hombre dentro de una sociedad, ya que este nunca podrá tener origen en una agrupación de animales, ni menos aún de seres inanimados. En ese sentido, se puede decir que únicamente el ser humano puede descubrir y crear el Derecho, porque solo él posee la razón. Ni para los animales ni para los seres inanimados tiene significado el Derecho.

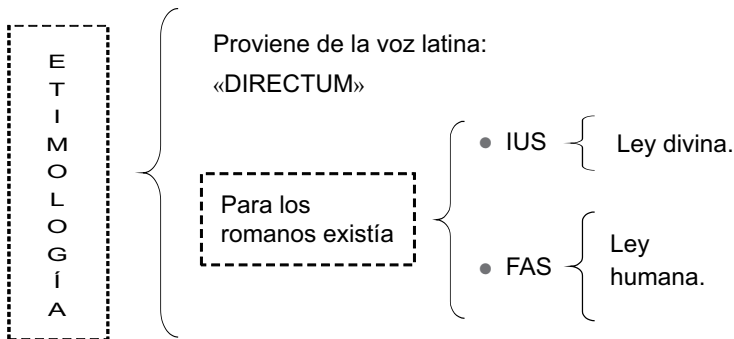
EL DERECHO

CONTENIDO: 3.1. Etimología 3.2. Conceptos
3.3. Diferentes sentidos de la palabra «Derecho»
3.4. Derecho vigente 3.5. El Derecho válido
3.6. Derecho sustantivo y Derecho adjetivo
3.7. Los Derechos fundamentales 3.8. Fin del Derecho
3.9. Derecho natural y el Derecho vigente
3.10. Derecho positivo 3.11. Disciplinas del Derecho.



El Derecho está asociado estrechamente a la religión; si se revisan los Libros Sagrados se encontrará lado a lado preceptos de orden religioso y prescripciones de naturaleza jurídica. Las investigaciones de la sociología y de la etnografía no han logrado descubrir pueblo alguno que no esté regido por las reglas sociales constituidas de un derecho por lo menos embrionario. La elaboración del Derecho en las sociedades primitivas es generalmente lenta e insensible, no se puede saber de manera instantánea el momento en que aparece una regla. El proceso es el de una cristalización progresiva de las costumbres.

3.1. ETIMOLOGÍA



Derecho proviene de la voz latina:

DIRECTUM: Participio pasivo del verbo DIRIGERE, dirigir.

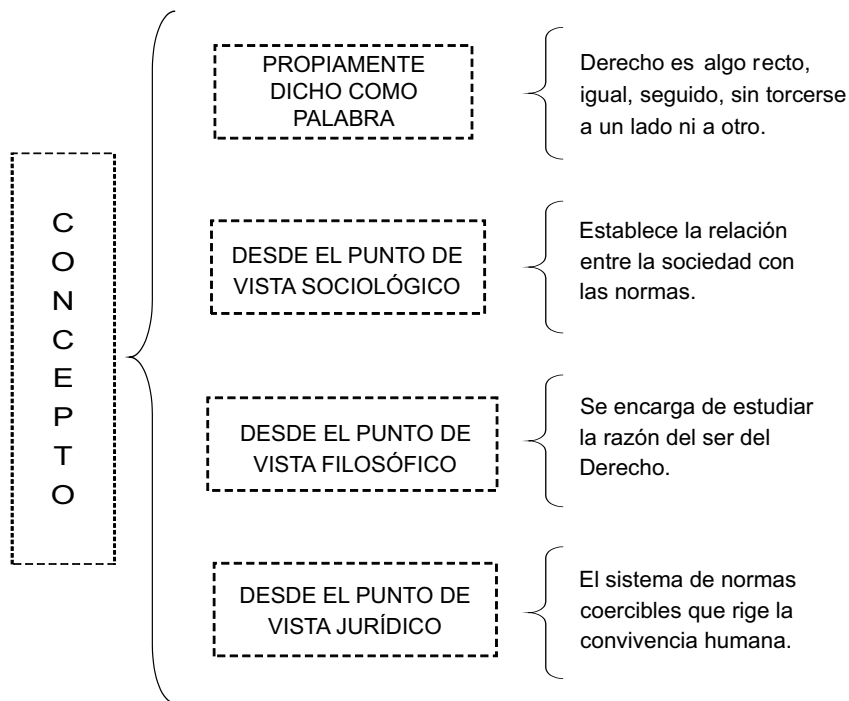
Así derecho significa etimológicamente la manera o forma habitual de: Guiar, conducir o gobernar. Los romanos usualmente no empleaban esta expresión, sino la palabra:

JUS

Con lo que indicaban la idea de un orden o regla imperativa (para los romanos, FAS era el orden sagrado o la ley divina, y IUS la ley humana). De la voz IUS (proveniente de una raíz sánscrita que significa «ligar») derivó del prefijo JURIS, que asociado a otra dio origen a expresiones como:

a)	Jurisprudencia (derecho pronunciado por los jueces).
b)	Jurisdicción (acto de decir el derecho).
c)	Justicia (valor ideal al cual debe tender el derecho) y
d)	Jurídico (adjetivo que denota la cualidad de un orden obligatorio).

3.2. CONCEPTOS



La palabra Derecho es «polisémica» porque puede tener varios significados como norma, leyes, acción otorgada por ley; es decir, lo podemos conceptualizar desde varios puntos de vista: normativo, ético, subjetivo, científico, sociológico, etc.

En su acepción usual o corriente, Derecho quiere decir aquello que es recto, directo, contrario a lo que es torcido; y también lo que se hace del mismo modo.

«El Derecho regula la vida en sociedad aplicándose a los hechos producidos o derivados de las relaciones intersubjetivas con trascendencia jurídica. Esta regulación se realiza a través de la aplicación del conjunto de normas jurídicas que constituyen el derecho objetivo y positivo. La aplicación del derecho debe consistir entonces en la culminación de un proceso lógico mental que se da desde una regla general hasta la adopción de una decisión particular, de este modo la aplicación de las normas jurídicas se caracteriza, como manifestación de la vigencia del Derecho. Pero el supuesto de hecho de la norma es siempre de carácter general en relación a la descripción del hecho al cual habrá de ser aplicado, surge entonces la necesidad de subsumir adecuadamente este último dentro de aquél, lo que se consigue a través de la interpretación. La norma jurídica en la que el derecho vigente se encuentra plasmado se expresa mediante el lenguaje, pero este –el lenguaje– muchas veces puede no ser claro y las normas jurídicas, por tener que valerse del elemento lingüístico para expresarse, no escapan a esta posibilidad, a lo que contribuye la diversidad de los hechos» (El Peruano, 2007).

Para Ihering, el derecho es la garantía de las condiciones de vida de la sociedad en la forma de coacción.

Kelsen sostiene que «el derecho es, en esencia, un orden para promover la paz. Tiene por objeto que un grupo de individuos pueda convivir en tal forma que los conflictos que se susciten entre ellos puedan solucionarse de una manera pacífica, esto es, sin recu-

rrir a la fuerza y de conformidad con un orden de validez general. Este orden es el derecho». Bien se advierte que en esta concepción la «justicia» aparece sustituida por la paz.

- **DERECHO PROPIAMENTE DICHO COMO PALABRA**

Según el diccionario de la Real Academia Española (2014) «derecho es algo recto, igual, seguido, sin torcerse a un lado ni a otro».

- **DERECHO DESDE EL PUNTO DE VISTA SOCIOLÓGICO**

Rueda (2011) afirma que

«...Esta definición de la sociología del derecho establece una relación directa entre ambas ciencias, en tanto que la sociología busca la raíz...la sociología establece la relación entre la sociedad con las normas desde sus orígenes hasta nuestros días...» (p.26).

- **DERECHO DESDE EL PUNTO DE VISTA FILOSÓFICO**

La Filosofía del Derecho se encarga de estudiar la razón del ser del Derecho. Por ello trata de explicar la ontología del Derecho, es decir, el ser del Derecho. (Rueda, 2011)

- **DERECHO DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO**

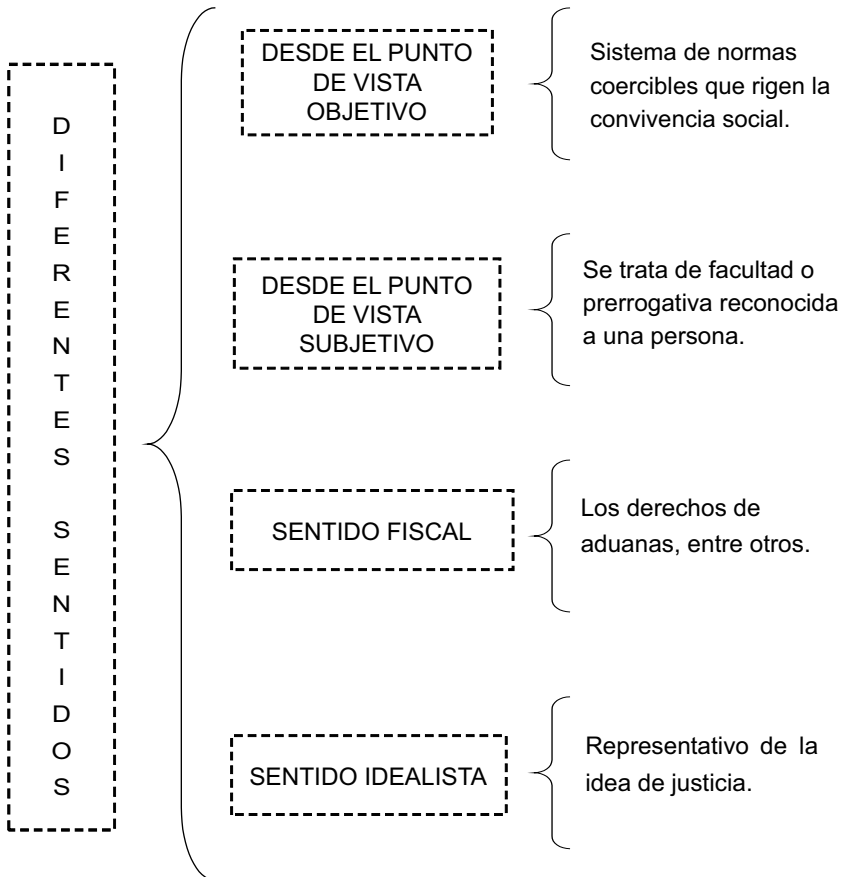
Abelardo Torre (como se citó en Monroy, 2010) define al Derecho como «el sistema de normas coercibles que rige la convivencia humana» (p.23).

Bufnoir (como se citó en Melquiades, 2012) define al Derecho como «el conjunto de reglas a las que está sometida, bajo la sanción del poder social, la libertad del hombre en conflicto con la libertad ajena» (p.129).

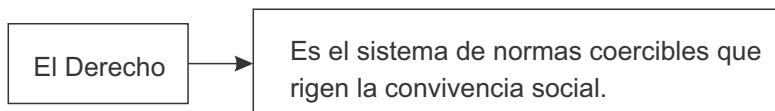
Según Le Fur (como se citó en Torres, p. 20):

Se está ante una regla de la vida social impuesta por la autoridad competente (monarca o parlamento, dictadura o asamblea popular), con mira a la utilidad general o bien común del grupo, y en principio provista de sanciones para asegurar su efectividad. (p.95)

3.3. DIFERENTES SENTIDOS DE LA PALABRA «DERECHO»



a) Desde un punto de vista objetivo



Analicemos un poco este concepto:

- a. Sistema de normas porque el Derecho es precisamente eso; un conjunto más o menos ordenado y jerarquizado de reglas o normas de conducta que, por ejemplo, nos impone la obligación de dar, de hacer determinadas cosas (pagar impuestos, etc); que nos indica cómo debemos realizar ciertos actos, aunque no tengamos la obligación de hacerlos (matrimonio, testamento); que establece qué actos están prohibidos, con pena de sanción (robo, hurto), etcétera.
- b. Coercibles: esto es, susceptibles de ser aplicables mediante la fuerza, en caso de inobservancia. En efecto, las normas jurídicas –que constituyen el Derecho– están respaldadas por la fuerza pública del Estado y si no hacemos lo que disponen las leyes, ni omitimos lo que ellas prohíben, seremos compelidos a observarlas.
- c. Que rigen la convivencia social: Las normas jurídicas, en efecto, rigen las relaciones de los seres humanos entre sí.

Contemporáneamente, es imposible hablar de Derecho sin asociarlo al Estado. Por lo tanto, el Estado es la forma superior y más poderosa de organizar el poder dentro de una sociedad. Este poder puede definirse como la capacidad de una persona o un grupo de personas para determinar, condicionar, dirigir o inducir la conducta de las demás. El poder es la acción de una voluntad sobre otra voluntad. Es decir, el

poder consiste en una fuerza capaz de imponerse a los demás y, en principio, en este designio no encuentra más obstáculos que los que le presente otro poder, equivalente o superior.

b) Desde un punto de vista subjetivo

La palabra Derecho está tomada en un sentido subjetivo, es decir, que nos representamos un derecho relacionado a un sujeto, a un titular. Se trata entonces de la facultad o prerrogativa reconocida a una persona o, según la célebre fórmula de Ihereng, «un interés jurídicamente protegido»: derecho del acreedor hacia el deudor, derecho del acreedor sobre el objeto del bien, entre otros.

c) Sentido fiscal

La palabra Derecho se emplea algunas veces como sinónimo de tasa o de impuesto. Ejemplo: los derechos de aduanas, entre otros.

d) Sentido idealista

También suele emplearse la palabra Derecho como representativa de la idea de justicia.

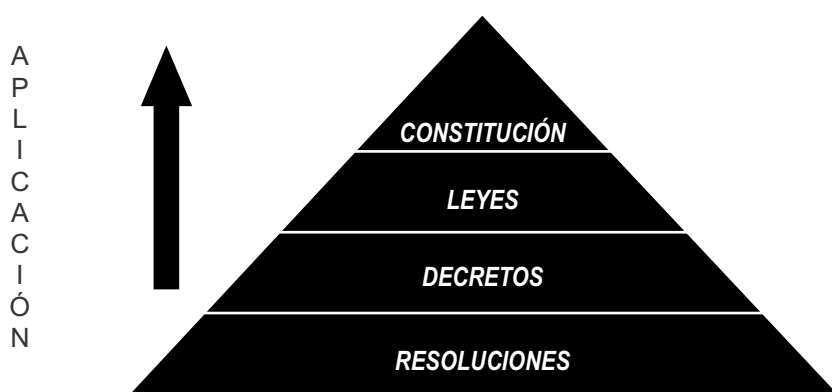
3.4. DERECHO VIGENTE

Con esta expresión se designa el conjunto de normas imperativo-atributivas que en cierta época y país la autoridad prescribe, declara o reconoce como obligatorias, y que está compuesto por todas las normas que el propio Estado ha dictado, reconocido o avalado en la sociedad (derechos fundamentales, costumbres jurídicas, declaraciones de voluntad, resoluciones judiciales y administrativas).

3.5. EL DERECHO VÁLIDO

Alude al conjunto de normas que, respetando la jerarquía normativa (hay normas superiores a otras y todas deben respetar una jerarquía, una «cadena de validez» establecida –en caso peruano– en el artículo 51 de la Constitución: «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente» y de conformidad con el procedimiento establecido para su expedición, han sido elaboradas o reconocidas por la autoridad estatal designada por el ordenamiento jurídico vigente.

En ese sentido, las jerarquías de las normas jurídicas:



Conforme a la figura anterior nos damos cuenta que, respetando las normas jurídicas, la creación del Derecho viene de arriba hacia abajo; asimismo la aplicación del mismo es de abajo para arriba. Es decir, respetando la jerarquía de las normas jurídicas.

Las disposiciones no válidas pueden, previo trámite, ser objeto de anulación o inaplicación, según el caso. El artículo 204 de la Constitución, concordante con el inciso 4 del artículo 200, concede al Tri-

bunal Constitucional la facultad de declarar la nulidad de una ley o norma con rango de ley que vulnere por la forma o contenido un precepto constitucional.

El inciso 5 del artículo 200 de la Constitución, concordante con la ley N.º 28237, concede al Poder Judicial la facultad de declarar la inaplicación de una norma de carácter general y de rango inferior a la ley, que vulnere por la forma o contenido un precepto constitucional o legal.

El artículo 138 de la Constitución señala que cuando los jueces o tribunales, al conocer cualquier clase de proceso, encuentran incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal deben preferir la primera.

3.6. DERECHO SUSTANTIVO Y DERECHO ADJETIVO

Derecho sustantivo	Derecho adjetivo
<p>(Denominado de fondo o material) Es el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta humana en sus diferentes manifestaciones, estableciendo para tal efecto los derechos y deberes exigidos para la vida de relación. Pertenecen al Derecho sustantivo los preceptos contenidos en el Código civil, Código Penal, el Código de Comercio, etc.</p>	<p>(Denominado Derecho instrumental) Es el conjunto de reglas procesales y principios que permiten poner en acción la actividad jurisdiccional del Estado a través del Poder Judicial y otros entes con jurisdicción delegada, a efectos de poner fin a un conflicto derivado del incumplimiento de un derecho sustantivo. Forman parte El Código Procesal Civil, el Código Procesal Penal, etc.</p>

3.7. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

«Existen derechos que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política han de ser por ésta consagrados y garantizados» (Truyoli, 1977).

«Los derechos fundamentales son definidos como aquella parte de los derechos humanos que se encuentran garantizados y tutelados expresa o implícitamente por el ordenamiento constitucional en un Estado en particular. Su denominación responde al carácter básico o esencial que estos tienen dentro del sistema jurídico-político. Derechos fundamentales son aquellos derechos subjetivos garantizados con rango constitucional que se consideran como esenciales en el sistema político que la Constitución funda y que están especialmente vinculados a la dignidad de la persona humana» (Chanamé, 2009, p.103).

Los derechos fundamentales que la Constitución menciona se encuentran en el artículo 1,2 y 3 (también conocido como derechos innominados).

«Los Derechos fundamentales en sentido propio son esencialmente derechos del hombre individual libre y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado» (Schmitt, 1982, p.164-185).

«Los derechos fundamentales definidos desde la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos y más claramente a partir de la Revolución Francesa derivan de dos ideas matrices, en derechos individuales o sea que le pertenecen al hombre, y derechos sociales, que tienden a la atenuación de las desigualdades económicas al amparo de los trabajadores y a realizar la función social de la propiedad (...)» (Ferrero, 2000).

3.8. FIN DEL DERECHO

En términos generales, el fin de algo es aquello para lo cual existe o, en otras palabras, su razón de ser. Por ello el conocimiento de ese fin es necesario para la cabal comprensión del Derecho.



El fin o ideal supremo al que debe orientarse el Derecho es la vigencia plena y auténtica de la justicia en la convivencia humana.

3.9. DERECHO NATURAL Y DERECHO VIGENTE

Derecho natural	Derecho vigente
Es entendido como un conjunto de principios consustanciales con el sentido de justicia natural y con la finalidad de alcanzar el bien común.	Encuentra su fuente de inspiración en el Derecho natural. En la medida que éste se aleja de aquél, deviene en derecho injusto.

Al respecto, Carlos Santiago Nino ha señalado lo siguiente:

1. Una norma de Derecho natural es aquella que contiene un principio de moral de justicia, universalmente válido y asequible al hombre por medio de la razón humana.
2. Una norma vigente no puede ser calificada de «jurídica» si contradice el principio real de justicia. (p. 132).

3.10. DERECHO POSITIVO

Conjunto de reglas vigentes en un grupo social, impuestas a cada uno por el poder que dispone de la coacción pública. Algunos juristas admiten que existe un Derecho natural, conjunto de reglas inmutables que ordenan la conciencia de todo hombre. Por contraposición, llaman Derecho positivo a las reglas establecidas por la ley o a la costumbre. Otros autores niegan que exista el Derecho natural y sólo admiten el positivo; la idea del derecho natural, admitida por los autores de la antigüedad y de la Edad Media, sufrió general descrédito durante el siglo pasado, pero ha renacido con vigor en nuestros tiempos. A su vez, el Derecho positivo puede ser considerado desde dos puntos de vista: el objetivo y el subjetivo.

- **Diferencias entre Derecho positivo y natural**

Natural es el derecho que emana de la divinidad, aquel que proviene de la naturaleza.

1. Derecho formalmente válido, desprovisto de positividad y validez intrínseca (preceptos jurídicos aislados).
2. Derecho intrínsecamente valioso, dotado de validez formal, pero carente de positividad.
3. Derecho intrínsecamente válido, no reconocido por la autoridad política y desprovisto de eficacia.
4. Derecho formalmente válido, sin valor intrínseco, pero provisto de facticidad.
5. Derecho positivo, formal e intrínsecamente válido.
6. Derecho intrínsecamente válido, positivo, pero sin validez formal.
7. Derecho positivo, sin vigencia formal ni validez intrínseca.

Derecho objetivo	Derecho subjetivo
<p>Conjunto de normas o reglas que limitan la conducta social de los hombres conforme a los dictados de la justicia. Es decir, es el conjunto de normas jurídicas dictadas por los órganos competentes del Estado, se encuentran en la Constitución, los códigos y demás leyes de la república.</p>	<p>Como la facultad de hacer, exigir u omitir alguna cosa, conforme a las limitaciones impuestas por el derecho subjetivo. Es decir, es el conjunto de facultades o prerrogativas que el Derecho reconoce al individuo en sus relaciones con la comunidad, como por ejemplo el derecho al nombre, a contraer matrimonio, etc.</p>

Es necesario advertir que las expresiones «Derecho objetivo» y «Derecho subjetivo» no contienen conceptos opuestos; ambas formas del derecho se expresan a través de la norma y son inseparables. El ordenamiento jurídico constituye el derecho objetivo, y las facultades y los poderes que ese ordenamiento reconoce al hombre como persona, es el Derecho subjetivo. (Alzamora, 1987, p. 153).

Considerados el sentido objetivo y el sentido subjetivo de un fenómeno jurídico desde ángulos distintos, pero entre ellos no hay diferencia alguna de naturaleza, pues un derecho (en sentido subjetivo) no existe sino cuando el derecho (en sentido objetivo) lo consagra. Si el derecho rehúsa la validez a un testamento no firmado, la persona instituida heredera por este acto no tiene ningún derecho (subjetivo). El derecho objetivo engendra derechos subjetivos en favor de aquellos intereses que protege.

En atención al orden histórico, pese a las graves dificultades que suscita el problema, algunos autores creen que el derecho subjetivo ha antecedido al objetivo.

«Tengo derecho a andar por la calle; tengo derecho a que no se me arrebate la casa de mi propiedad; tengo derecho a recuperar la cosa que me ha sido hurtada; tengo derecho a exigir la devolución de mi cosa depositada; tengo derecho a cobrar la cantidad que se me adeuda; tengo derecho a percibir mi sueldo; tengo derecho a gastar mi dinero en lo que me plazca; tengo derecho a donar, gravar o vender mi finca; tengo derecho a disponer de mis bienes para después de mi muerte mediante testamento; tengo derecho a contraer matrimonio, etc., etc.», Recasens Siches. *Filosofía del Derecho*, pág. 232. Citado por Alzamora (1987).

El derecho subjetivo, según Kelsen, es la facultad que corresponde al sujeto activo de pedir la aplicación del acto coactivo en contra del sujeto pasivo mediante una declaración de voluntad, en caso de una conducta antijurídica. (Alzamora, 1987, p. 154).

- **Clasificación de los derechos subjetivos**

Según Alzamora (1987) tenemos los siguientes:

Los derechos subjetivos han sido clasificados de acuerdo a diversos criterios.

- El jurisconsulto romano Gayo en las «institutas» separó los derechos de las personas, de las cosas y de las acciones.

La citada división mantuvo su vigencia por mucho tiempo y fue adoptada por códigos modernos como el Código Civil francés de 1604, el Código Civil peruano de 1852 y el italiano de 1865.

- Windscheid distinguió los derechos subjetivos absolutos de los relativos. Según este eminente tratadista «derechos absolutos son los que tienen eficacia sobre cualquiera; relativos aquellos que la tienen sobre una persona singular, o sobre un limitado número de personas».

Los conceptos de derechos absolutos y relativos han sido descritos con claridad y nitidez por Du Pasquier. «Los derechos relativos, dice, valen frente a una o varias personas determinadas, mientras los absolutos existen frente a todas. La categoría típica de los derechos relativos es la de los derechos de crédito, llamados también "derechos personales", en oposición a los reales. Estos últimos representan el grupo más característico de los derechos absolutos. La distinción se funda en la naturaleza del sujeto pasivo y de la prestación. El derecho es absoluto cuando los sujetos pasivos constituyen la universalidad de las personas, a quienes se impone una prestación negativa, es decir, una abstención; por ejemplo: el derecho que cada quien tiene sobre, su propio nombre, obliga a los demás a abstenerse de usurparlo (Código Civil Suizo, artículo 28). Los demás derechos son relativos; por ejemplo: los que derivan de un convenio. Sólo pueden ser sujetos pasivos las personas que han sido "partes" en el mismo o sus causahabientes».

Son derechos absolutos, según Windscheid, los derechos reales, los derechos sobre la propia persona y los de familia. Los relativos nacen de convenciones o de contratos.

- Savigny clasificó los derechos «según sus relaciones orgánicas con la naturaleza misma del hombre» en derechos de los bienes y derechos de la familia y sucesiones. Los primeros se subdividen en derechos sobre las cosas y obligaciones; los segundos comprenden los de intervención del Estado, etc.
- Roguin divide los derechos subjetivos en absolutos, relativos y monopolios. Pertenecen a la primera categoría: a) los derechos autopersonales (al nombre, hablar, caminar); b) los potestativos o sobre la persona de otro (patria potestad, tutela); c) los reales (que pueden ser sobre cosa propia como la propiedad, y sobre cosa ajena, como el usufructo). Corres-

ponden al segundo grupo las obligaciones o derechos de crédito. Los llamados «monopolios» (de derecho privado) según Roguin, son los derechos intelectuales (propiedad intelectual) y los derechos industriales (marcas, patentes).

- Si se acepta el criterio histórico-sociológico de Vinogradoff, pueden distinguirse los siguientes grupos de derechos subjetivos: a) los que se congregan en torno a la idea de personalidad, constituidos por las primeras pretensiones del hombre sobre su vida, su integridad corporal, su libertad y su honor; b) los que pertenecen al orden de la propiedad y protegen «los resultados de la conquista y del trabajo»; c) los de autoridad que nacen del ejercicio de la voluntad en las organizaciones sociales (familia, Estado, etc.); d) los que reconocen como fuente «acuerdos entre personas que tienen capacidad para concertar tales acuerdos»; e) los que nacen de «daños causados por otras personas»; y f) «el complejo sistema de derechos ejercitados por el Estado y los funcionarios, cuando actúan en calidad de tales».
- En «La relación activa, pasiva y negativa del pueblo estatal con el orden jurídico: deber, derecho subjetivo, libertad», Hans Kelsen trata del problema de la conducta humana como contenido del orden jurídico.
- El hombre, según el autor de la Teoría Pura del Derecho, puede hallarse en una triple relación con el orden jurídico: 1) está sometido a la norma y en tal caso su relación es de pasividad. En esta situación su conducta constituye el contenido de un deber jurídico, puesto que con la conducta contraria de la debida va enlazada la coacción jurídica. 2) Produce la norma, participa en su creación de algún modo, y su relación es de actividad; y 3) Es libre frente a la norma, no tiene con ella relación alguna, su posición es de negatividad.

- Por la manera cómo la conducta humana condiciona la creación de la norma, general o individual «y según cual sea la forma en la que esta norma individual es creada, distínguense unos de otros los derechos subjetivos, y resulta posible diferenciar varios grupos de facultades». Los derechos políticos constituyen las «condiciones» de la creación de las normas generales y se les puede definir como «aquellos que conceden al titular una participación en la formación de la voluntad estatal». Tales derechos se ejercen directamente por el pueblo (democracia directa) o mediante la elección de representantes (derecho subjetivo de los electores) que son quienes formulan las normas generales.
- Recasens Siches considera tres clases de derechos subjetivos.

La primera está constituida por aquellos derechos que son el reverso del deber jurídico impuesto por la norma a los demás con independencia de la voluntad del titular del derecho. Tales son los derechos a la vida, los derechos de libertad, de disfrute de cosa propia, etc. En este caso el derecho a obrar libremente (y no a hacer concretamente esto o lo otro) y no precisa una declaración expresa de voluntad de dicho titular. La segunda comprende aquellos que constituyen pretensiones o facultades otorgadas por la norma para exigir de otra persona el cumplimiento de un deber jurídico mediante el aparato coactivo del Estado. Tal es el caso de los derechos de crédito, por ejemplo. Pertenecen a la tercera clase, los derechos subjetivos con poderes de formación jurídica, que son facultades que la norma atribuye a una persona para determinar el nacimiento, la modificación o la extinción de relaciones jurídicas. El propietario puede vender, donar, hipotecar, etc., un bien.

- Dabin clasifica los derechos subjetivos atendiendo a su contenido:

En derechos de la personalidad que son los que tienen por objeto «los elementos constitutivos de la personalidad del sujeto tomado en sus múltiples aspectos, físico, moral e individual y social» y se refieren ya al ser del hombre (su cuerpo, sus miembros, su honor) o a su obrar (libertad); derechos sobre las cosas materiales e inmateriales (reales e intelectuales); y derechos sobre la persona de otro (de crédito o de obligación). Según el mismo autor, en cuanto al sujeto, los derechos pueden ser individuales y corporativos; en cuanto a su fin, derechos con fin egoísta y derechos función.

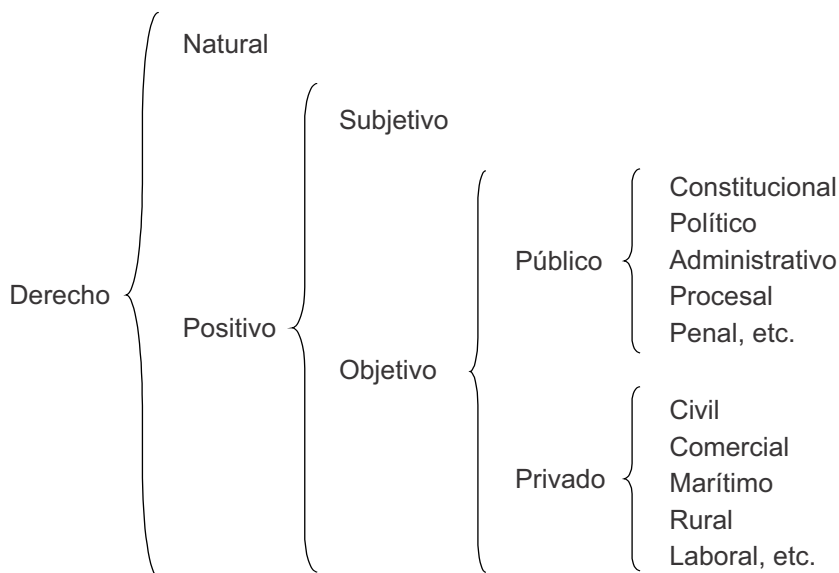
- Los derechos subjetivos han sido divididos, además, a la luz de otros criterios que fácilmente se intuyen del enunciado de los miembros de las diversas clasificaciones. Citamos, en vía ilustrativa, las siguientes: patrimoniales (derecho de propiedad), no patrimoniales (derechos políticos); inmediatos (derechos sobre el cuerpo); diferidos (los que nacen de contratos); potestativos (el titular los ejerce a su arbitrio); de ejercicio obligatorio (autorización al titular vinculada a un deber o prohibición); derechos fines (facultan una conducta; ejemplo: el de propiedad); derechos medios (protegen la conducta facultada; ejemplo: la posesión); de duración ilimitada (la propiedad); de duración limitada (un derecho de crédito); independientes (la mayoría de los derechos) y dependientes de otro derecho (el derecho de libertad, el de optar), renunciables e irrenunciables.
- De la combinación de las clasificaciones de los derechos en absolutos y relativos, por una parte, García Maynez propone el siguiente esquema: A) Derechos absolutos: privados (derechos reales), públicos (libertad jurídica). B) Derechos

relativos: privados (derechos personales); públicos (derecho de acción, derecho de petición y derechos políticos) (p.54).

El Derecho objetivo es susceptible de una nueva división.

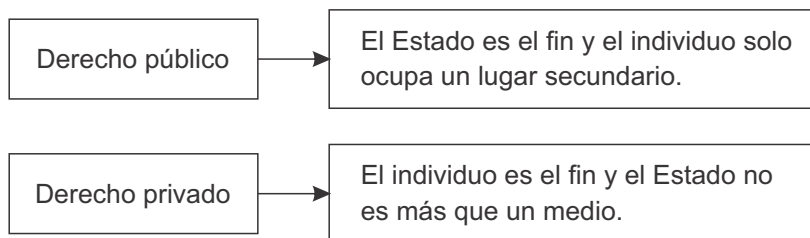
Derecho público	Derecho privado
<p>Cuando sus normas regulan la actividad del Estado o los asuntos en que predomina el interés colectivo. Por ejemplo las normas que indican las atribuciones del presidente.</p> <p>Lo referente a la organización de la cosa pública.</p>	<p>Cuando rigen las relaciones que se producen entre los individuos. Por ejemplo, Las que determinan la forma en que habrá de distribuirse una herencia.</p> <p>Lo referente al interés de los particulares.</p>

Ambas clases de normas se desdoblan en gran número de ramas especializadas que se ocupan de los más variados asuntos; los constitucionales, los derechos de los municipios y provincias, las actividades de la administración pública, los procedimientos judiciales, los delitos, y las penas, etc, pertenecen al derecho público; la capacidad de las personas, el matrimonio, y la familia, el derecho de propiedad, las sucesiones, la formación de las sociedades, etc, al derecho privado. En conclusión, diremos que la ciencia del Derecho se divide de la siguiente manera, conforme a las diversas teorías.



La presente división no es estricta, pues algunos autores opinan, por ejemplo, que el Derecho Laboral o el Derecho minero pertenecen al ámbito del derecho público y al privado.

En la actualidad existen una serie de teorías que tratan de explicar la división del Derecho, siendo las más aceptada la siguiente: Distinción Del derecho en Derecho público y privado.



El sujeto se considera como miembro de la organización social, y, en el privado, como individuo independiente.

3.11. DISCIPLINAS DEL DERECHO

a) **Derecho Político:** Pertenece al Derecho público. Y es una rama de las ciencias jurídicas cuyos temas se refieren a la esencia, al origen y a los fines del Estado y sus relaciones con el Derecho. En ese sentido, el Derecho Político se diferencia del Derecho Constitucional por lo siguiente:

Derecho Político	Derecho Constitucional
Estudia e investiga la estructura de las instituciones del Estado.	Trata de la constitución en sí misma y se aplica para la formación de las instituciones.

b) **Derecho Constitucional:** Pertenece al Derecho público. A diferencia del Derecho político, que se ocupa principalmente de la teoría del Estado, el Derecho Constitucional se ocupa de la estructura jurídica que en el derecho positivo tienen los Estados, y de la regulación de las relaciones que se producen entre el Estado y los ciudadanos. Asimismo, es considerado como el derecho primordial en cuanto que condiciona a los demás confiriéndoles una estructura que diferencia a cada Estado con relación a los demás.

Siguiendo a Luis Sánchez Agesta (1983): «El Derecho Constitucional es el derecho público fundamental que regula la organización y funcionamiento de los órganos del Estado y de sus instituciones, así como los principios que determinan el orden social y político... es obra inmediata de la actividad política para definir un orden vinculante de la convivencia y que formaliza una estructura social con una organización.

Su calidad esencial hay que referirla a esos caracteres: es un derecho fundamental de organización que define un régimen político».

Finalmente, podemos concluir que el Derecho público de un país reposa en primer lugar sobre el Derecho Constitucional.

c) Derecho Administrativo: «Según la doctrina francesa e italiana, el Derecho Administrativo sería una rama del Derecho público, netamente diferente del Derecho Constitucional, cuyo objeto lo constituyen las normas que regulan la organización y funcionamiento de la administración pública, así como las relaciones entre ella y los particulares (...)» (Cruzado & Cruzado, 2012, p.153-154).

De acuerdo a Cervantes, Dante, el Derecho Administrativo es:

- Es un Derecho de organización. Porque las leyes administrativas determinan la regulación de los órganos administrativos, de acuerdo a los lineamientos.
- Es un derecho de relación con los órganos administrativos. Porque teniendo en cuenta el principio de jerarquía de normas, hacen posible la regulación, organización y funcionamiento de tales órganos.
- Es un derecho de relación con los administrados. Satisfaciendo de esta manera las exigencias de la colectividad.

Corresponde al Derecho público, desde un punto de vista objetivo, el conjunto de principios reguladores de la actividad del Estado para la conservación de sus fines o de sus propios intereses. Y desde el punto de vista subjetivo, es el que regula la organización y la actividad de la administración Pública y de los órganos de los administrados. Por lo tanto, el Derecho Administrativo «es el conjunto de normas

y principios de derecho público interno que regulan la función administrativa del Estado y de los entes estatales y no estatales que brindan servicios públicos» (2011, p.26).

d) Derecho Financiero: Es una rama del Derecho público que tiene por objeto la actividad del Estado referente a la forma de realización de los ingresos y gastos necesarios para la consecución de sus fines. De este modo, se constituye una estructura normativa y se elaboran los modelos jurídicos que instauran relaciones entre las personas y el Estado en cuanto fisco.

e) Derecho Municipal:

Herrera, Jorge & Vasquez, José (2009) afirman que es una rama del Derecho público que estudia la organización del Municipio y su gobierno mediante los organismos denominados municipalidades. Es decir, trata de la composición de las municipalidades, de la designación de sus miembros, de las materias o asuntos de la competencia municipal, de las formas de gestión o de las rentas y de los presupuestos municipales. El Derecho Municipal es una rama del derecho público que trata de los preceptos jurídicos que rigen la estructura y los fines de esa forma de sociedad humana que se denomina municipio, de los órganos que lo gobierna, de los poderes que y las atribuciones que le corresponden y de los atributos que ejercen para realizar los servicios públicos que demanda el bienestar común. (p.15)

f) Derecho Penal: Corresponde al Derecho público y es definido como el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción, así como la responsabilidad del sujeto

activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora. Asimismo, dejamos en claro que el Derecho Penal interviene como última ratio, es decir, cuando las demás ramas del derecho no han podido solucionar una determinada situación.

Por consiguiente, el Derecho penal de hoy es un derecho público porque sólo el Estado es capaz de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones en honor al apotegma liberal: «Nullum crimen, nulla poena sine lege», que significa no hay delito, no hay pena sin ley.

«El Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el ius puniendi, monopolio del Estado, y que, por tal razón por antonomasia, es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal. De ahí que, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción a la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Solo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental».

g) Derecho Procesal:

«Pertenece al llamado Derecho público. Y es aquella rama de la ciencia jurídica que se refiere al proceso en sentido amplio, entendiendo por tal actividad desplegada por los órganos del Estado en la creación y aplicación de normas jurídicas generales o individuales. Asimismo, el Derecho procesal constituye un sistema de principios y normas mediante el cual se obtiene y se realiza la prestación jurisdic-

cional del Estado, necesaria para la solución de los conflictos de intereses surgidos entre los particulares o entre éstos y el propio Estado. El Derecho procesal es una disciplina que estudia los principios, las situaciones jurídicas y las instituciones vinculadas al ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado, que se ejerce a través del proceso» (Priori Giovanni, 2011, p.27).

h) Derecho Internacional Público: Tiene por objeto la experiencia jurídica que corresponde a la comunidad internacional y el ordenamiento jurídico de ésta. También tiene su base en un ordenamiento que no se reduce al ordenamiento de cada Estado, sino que se presupone la relación entre los Estados.

«Conocido también como Derecho de Gentes (Volkerrecht), el Derecho internacional evoluciona del mismo modo que la comunidad internacional. Con la emergencia de los Estados como representación jurídica de las naciones, el conjunto de normas de las sociedades internacionales es bautizada por el filósofo Kant como Staatenrecht, o Derecho de Estados. Posteriormente en Francia se le denomina Derecho Internacional (Droit International)» (Verdross, 1976, p.3).

«Actualmente, se puede definir el Derecho Internacional Público como el conjunto de normas que rigen las relaciones entre los Estados y de estos con organismos y organizaciones Internacionales, y que regulan las relaciones de aquellos con otros sujetos de Derecho fuera de sus propias jurisdicciones» (Pinto & Rittler p.15).

i) Derecho Internacional Privado: Es el conjunto de reglas indicadoras del derecho aplicable a un caso ius privatista con elementos extranjeros, inspirándose el mismo en el respeto a la particularidad de dichos elementos extranje-

ros. En ese sentido, la presente disciplina jurídica tiene como objeto resolver determinadas relaciones jurídicas del Derecho privado cuando sobre ellas existe conflicto entre dos o más legislaciones nacionales. Por ejemplo, la herencia de una persona nacionalizada extranjera domiciliada en un país, que deja bienes en otro; o la nacionalidad de los hijos de personas que habitan fuera del territorio del Estado de origen, etc.

- j) Derecho Civil:** Aquella rama del derecho preponderadamente privado. Que comprende el régimen de los bienes, de las obligaciones, de los contratos, de la familia y de las sucesiones, y de los principios generales que son comunes a esos institutos. Por ende, el derecho civil constituye la rama principal del Derecho privado.

Finalmente, diremos que esta disciplina regula las relaciones que se dan entre los mismos individuos, por lo tanto pertenece al Derecho privado.

- k) Derecho Comercial:** Es una rama del Derecho Civil. Actualmente prevalece la tesis de que no es el acto de comercio como tal lo que constituye el objeto del Derecho comercial, sino algo más amplio: la actividad destinada habitualmente a la circulación de la riqueza mediante bienes y servicios que implican una estructura de naturaleza empresarial. La existencia de un Código de Comercio, por lo tanto, contribuye a la comprobación de que el Derecho Comercial no rige sólo las relaciones entre comerciantes, sino las de cualquier persona natural o jurídica cuyos actos tengan por finalidad la producción de bienes y servicios a que forman parte de la circulación de los resultados de la producción, dando lugar a las relaciones caracterizadas bajo la denominación genérica de actividad negocial.

l) Derecho Minero: Belaunde Martín (2000) afirma: «tiene por objeto regular la actividad minera, la cual sólo puede llevarse a cabo con el previo otorgamiento de derechos y obligaciones dados por el Estado, estando sujeta en el ejercicio de los derechos así como en el cumplimiento de las obligaciones a las normas expresamente señaladas por la ley. Este conjunto de notas distintivas le confiere al Derecho Minero un carácter mixto y autónomo que lo individualiza y lo separa de las demás ramas del Derecho, sin perjuicio de que mantenga vinculaciones y se remita a muchas de ellas» (p.63).

m) Derecho Laboral: Se define como el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones entre los empresarios y los trabajadores, y de ambos con el Estado a los efectos de la protección y la tutela del trabajo. En consecuencia, el problema de la ubicación del Derecho Laboral dentro de la división del derecho es materia de debate entre los tratadistas. Así tenemos que las relaciones contractuales entre los empresarios y los trabajadores corresponden al Derecho privado, mientras que pertenecen al Derecho público todo lo que atañe a la intervención del Estado para regular esas relaciones.

«En los últimos años, el Derecho laboral peruano ha sufrido cambios radicales: de una legislación protectora se pasó a un proceso –para algunos “feroz”– de flexibilización y desregulación laboral que afectó en ciertos casos a la esencia misma de diversas instituciones laborales; y, de esta desregulación, nos encontramos ahora con un sistema jurídico que presenta reformas que buscan “rerregular” las relaciones de trabajo (descentralización, tiempo de trabajo, modalidades formativas) así como sentencias jurisdiccionales (Tribunal Constitucional y Corte Suprema), que están modificando la estructura del Derecho Laboral. Es, entonces, un Derecho Laboral en constante movimiento» (Toyama Jorge, 2008, p.8).

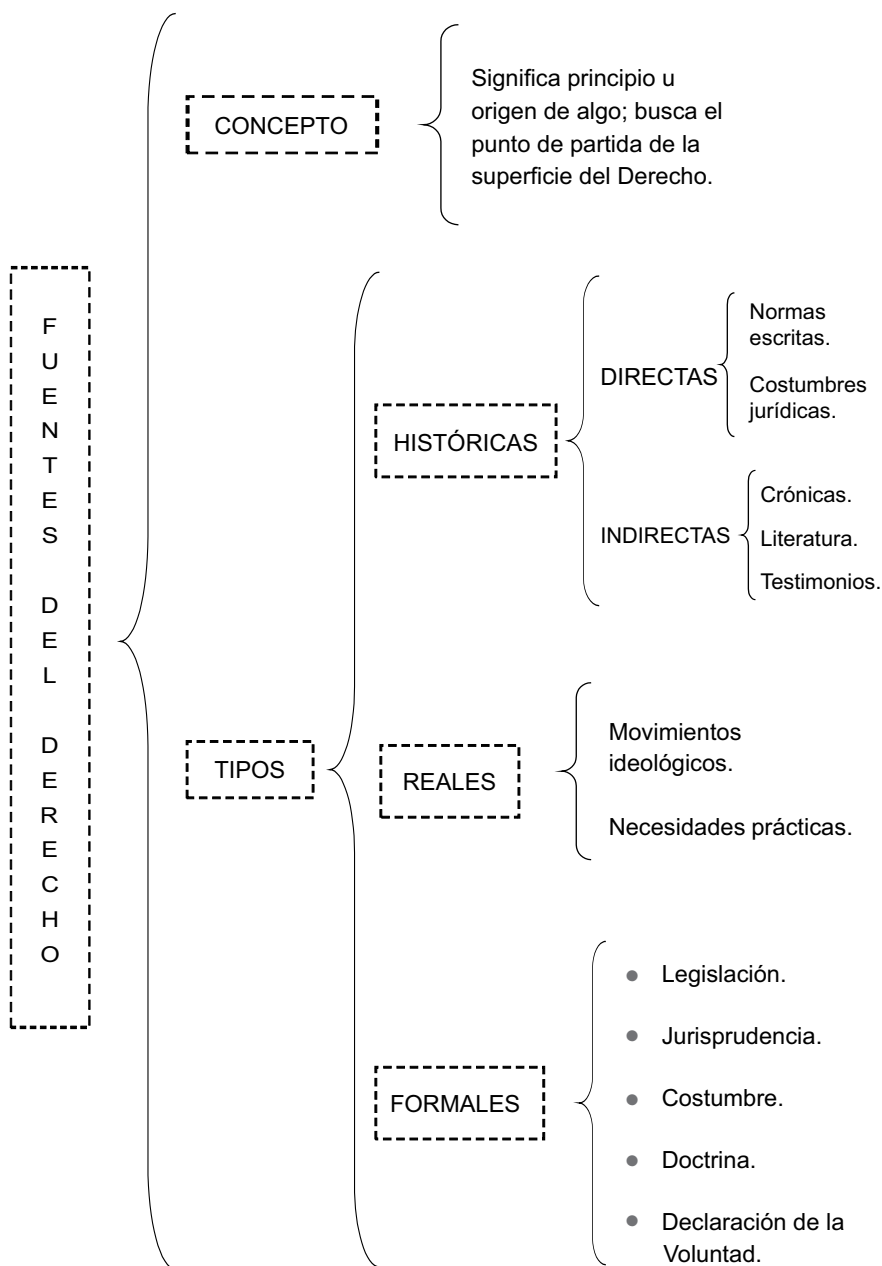
Teoría tridimensional del Derecho

Es la más conocida en Latinoamérica y tres son los paradigmas que actualmente se enseñan en los centros universitarios peruanos. Autores europeos insisten, no obstante, en que cada uno de estos derechos es estudiado desde cada una de las perspectivas que mencionamos:

El lusnaturalismo	El lusformalismo	El lusrealismo
Se ocupa del Derecho justo o natural, y lo que le interesa son los valores.	Se identifica con el Derecho vigente o formal, y lo que le preocupa son las normas.	Se ocupa del Derecho justo o natural, y lo que le interesa son los valores.
Estudia		
Aspecto axiológico	Aspecto normativo	Aspecto fáctico
El Derecho como valor.	El Derecho como norma.	El Derecho como realidad.

FUENTES DEL DERECHO

CONTENIDO: 4.1. Concepto de fuente
4.2. Fuentes históricas 4.3. Fuentes reales
4.4. Fuentes formales del Derecho 4.4.1. La legislación
4.4.2. La jurisprudencia 4.4.3. La costumbre
4.4.4. La doctrina 4.4.5. La declaración de voluntad.



4.1. CONCEPTO DE FUENTE

FUENTE: Significa principio u origen de algo.

El término fuente crea una metáfora bastante feliz, pues remontar la fuente de un río es buscar el lugar en el que las aguas brotan de la tierra. Inquirir la fuente de una regla jurídica es buscar el punto de partida del cual ha salido de las profundidades de la vida social para aparecer en la superficie del Derecho.

4.2. FUENTES HISTÓRICAS

Según Víctor García Tomás, son aquellos elementos que permiten reconstruir el proceso de formación del Derecho a través de las distintas épocas. Desde esta óptica, fuente es todo aquello que es capaz de brindar información de esa naturaleza.

Dos son los elementos históricos:

- a. **Elementos directos:** Estos permiten obtener dicha información de modo inmediato: normas escritas, costumbres jurídicas, jurisprudencia, etc.
- b. **Elementos indirectos:** Estos permiten complementar o ampliar la información obtenida de los elementos directos: crónicas, testimonios, restos arqueológicos, expresiones folklóricas, literatura, informes administrativos, documentos, memorias, cuentas, estadísticas.

4.3. FUENTES REALES

Como anota Claude du Pasquier (1983): «comprende el conjunto de fenómenos sociales que contribuyen a formar la sustancia o materia del Derecho (movimientos ideológicos, necesidades prácticas, etc.).»

4.4. FUENTES FORMALES DEL DERECHO

«Las fuentes formales del Derecho positivo son los diversos modos como este se manifiesta». En este sentido corresponde tal denominación a las normas jurídicas en relación con su origen. De esta forma, la fuente formal del derecho «es aquel procedimiento a través del cual se produce válidamente normas jurídicas que adquieren el rango de obligatoriedad propia del derecho y, por lo tanto, la característica de ser impuestas legítimamente a las personas mediante los instrumentos de coacción del Estado» (Rubio, cit.121).

Asimismo son aquellos medios de formulación de las normas jurídicas.

Las fuentes formales del derecho son las siguientes:

- Fuentes formales del Derecho
- 1. La legislación.
 - 2. La jurisprudencia.
 - 3. La costumbre.
 - 4. La doctrina.
 - 5. La declaración de voluntad.

4.4.1. La legislación

La legislación, sobre todos los sistemas jurídicos de Derecho escrito, es la principal fuente formal de las normas de derecho positivo. El producto individual de la legislación es la ley; por tal se entiende a la norma jurídica que, con carácter general y obligatorio, resulta de un proceso específico de creación por parte del órgano o autoridad facultada al efecto. (Álvarez, 2010, p.142)

La legislación ha sido reconocida como la fuente formal más importante del Derecho. Aquello se debe a que el Estado ha desarrollado su hegemonía y perfilado claramente sus rasgos jurídicos. Gracias a la teoría de la separación de poderes, y al desarrollo del

concepto «Estado de Derecho» los órganos del Estado, principalmente el poder legislativo y el poder ejecutivo, son los que tienen la atribución de crear legislación.

A. La Constitución como norma jurídica

«La constitución contiene las normas fundamentales que estructuran el sistema jurídico y que actúan como parámetro de validez del resto de las normas» (Balaguer Francisco, 1992).

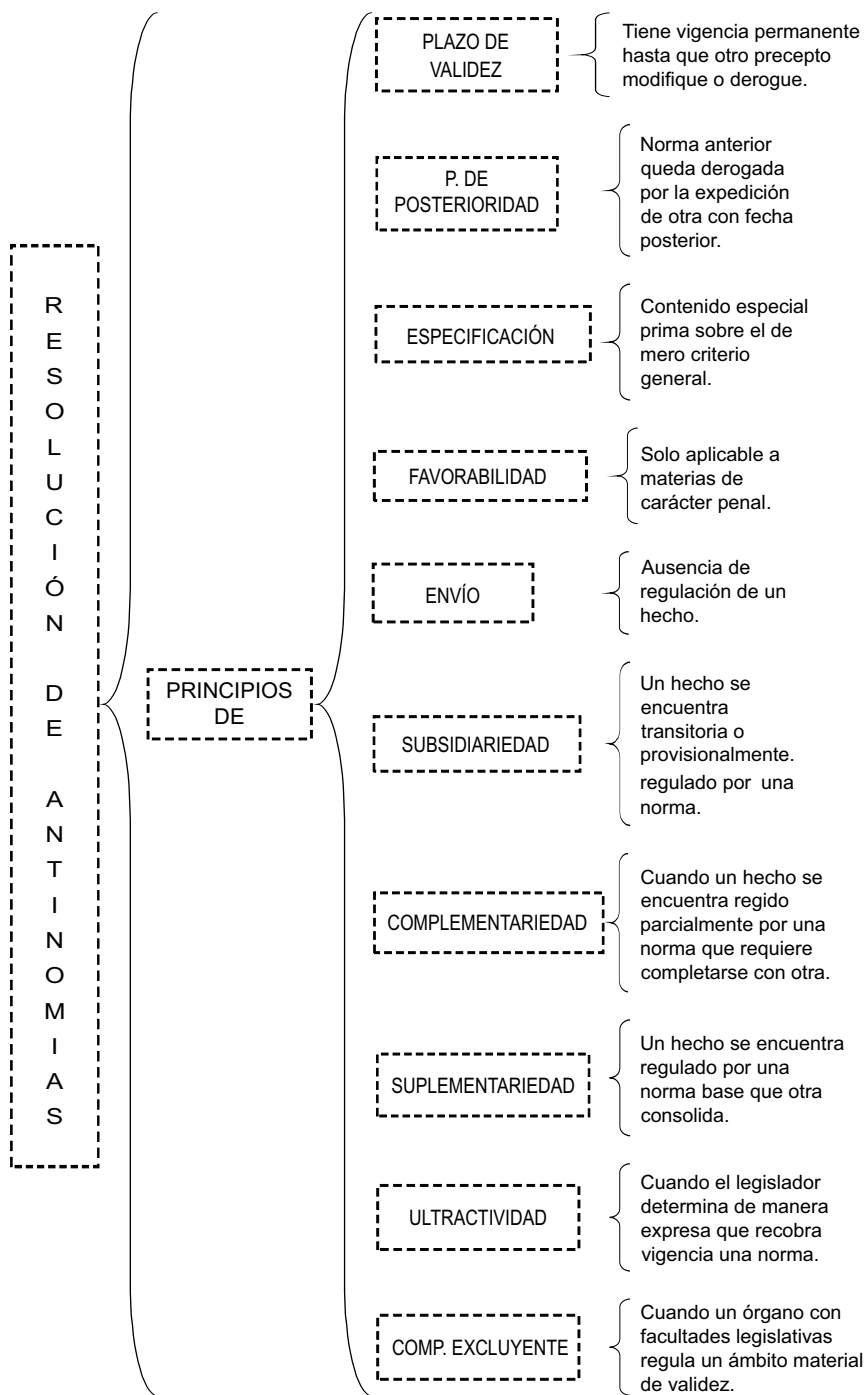
Así, en el caso Ley de la Barrera Electoral (Expediente Nro. 00030-2005-PI/TC) consignó lo siguiente: «La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde el punto de vista objetivo-estructural (artículo 51), como desde el subjetivo-institucional (artículo 38 y 45). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidas sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución).

La Constitución como fuente de derecho: Francisco Balaguer Callejón apunta que «La Constitución es fuente suprema dentro del ordenamiento, que conforma el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad». En ese sentido, la constitución como NORMA NORMARUM de nuestro ordenamiento jurídico sirve como modo de producción jurídica.

La coherencia del sistema de fuentes formales

Considerando el sistema de fuentes que diseña nuestra Constitución, analizaremos los criterios, en nuestro caso principios, que realizan la coherencia del sistema jurídico en el siguiente orden:

- Los principios que resuelven las antinomias.
- Principio de jerarquía.
- Principio de competencia.



- **Los principios que resuelven las antinomias**

Aquella situación en que dos normas pertenecientes al mismo ordenamiento y con la misma jerarquía normativa son incompatibles entre sí, por tener el mismo ámbito de validez. En relación a sus efectos la doctrina ha establecido las tres siguientes:

- Incompatibilidad entre una que manda hacer algo y otra que lo prohíbe.
- Incompatibilidad entre una norma que manda hacer algo y otra que permite no hacerlo.
- Incompatibilidad entre una norma que prohíbe hacer algo y otra que permite hacerlo.

- **Principios aplicables para la resolución de antinomias**

Se pueden citar los diez principios siguientes:

a) Principio de plazo de validez

Esta regla señala que la norma tiene vigencia permanente hasta que otro precepto de su mismo o mayor nivel la modifique o derogue, salvo que el propio texto hubiere establecido un plazo de validez. Excepcionalmente, puede presentarse el caso que una norma quede sin valor legal alguno, como consecuencia de una sentencia que declara su inconstitucionalidad. Este principio se sustenta en lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución y en el artículo I del Título preliminar del Código Civil, que señala que «La ley solo se deroga por otra ley».

b) Principio de posterioridad

Esta regla dispone que una norma anterior en el tiempo queda derogada por la expedición de otra con fecha posterior. Ello presume que cuando dos normas del mismo nivel

tienen mandatos contradictorios o alternativos, primará la de ulterior vigencia en el tiempo. Dicho concepto se sustenta en el artículo 103 de la Constitución y en el artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil.

c) Principio de especificación

Esta regla dispone que un precepto de contenido especial prima sobre el de mero criterio general. Ello implica que cuando dos normas de similar jerarquía establecen disposiciones contradictorias o alternativas, pero una es aplicable a un aspecto más general de situación y la otra a un aspecto restringido, prima está en su campo específico. En suma, se aplica la regla de *lex posteriori generalis nom derogat priori specialis* (la ley posterior general no deroga a la anterior especial) Este criterio surge de conformidad con lo dispuesto en el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución y en el artículo 8 del Título Preliminar del Código Civil, que dan fuerza de ley a los principios generales del derecho en los casos de lagunas normativas.

d) Principio de favorabilidad

Es una regla solo aplicable a materias de carácter penal y supone aplicar la norma que más favorece al reo. Este criterio surge de lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución.

e) Principio de envío

Esta regla aplicable en los casos de ausencia de regulación de un hecho, por parte de una norma que debió contemplarlo. Ante ello, se permite o faculta a accionar otro precepto que sí lo prevé. Debe advertirse que este principio solo se cumple cuando una norma se remite expresamente a otra, para

cubrir su falta de regulación. Es el caso de las normas del Título Preliminar del Código Civil.

f) Principio de subsidiariedad

Esta es una regla por la cual un hecho se encuentra transitoria o provisionalmente regulado por una norma, hasta que se dicte o entre en vigencia otra que tendrá un plazo de vida indeterminado.

g) Principio de complementariedad

Esta regla es aplicable cuando un hecho se encuentra regido parcialmente por una norma que requiere completarse con otra, para cubrir o llenar la regulación de manera integral. Es el caso de la relación existente entre una ley y su reglamento.

h) Principio de suplementariedad

Esta regla es aplicable cuando un hecho se encuentra regulado por una norma base, que otra posteriormente amplía y consolida. En puridad, el segundo precepto abarcará al primero sin suprimirlo. Tal el caso de lo establecido en el artículo 25 de la Constitución que señala que la jornada ordinaria de trabajo fijada en ocho horas diarias o de cuarenta y ocho horas semanales, puede ser reducida por convenio colectivo o por ley.

i) Principio de ultractividad

Esta regla es aplicable cuando el legislador determina de manera expresa que recobra vigencia una norma que anteriormente hubiere quedado sin efecto.

En este sentido, la parte in fine del artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil la ha recogido con suma claridad.

j) Principio de competencia excluyente

Esta regla es aplicable cuando un órgano con facultades legislativas regula un ámbito material de validez, el cual, por mandato expreso de la Constitución o una ley orgánica, comprende única y exclusivamente a dicho ente legisferante.

Dicho principio se aplica de conformidad con lo dispuesto en el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución y en el artículo 8 del Título Preliminar del Código Civil.

• Principio de jerarquía

«Es la imposición de un modo de organizar las normas vigentes en un Estado, consiste en hacer depender la validez de una sobre otras. Así, una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de ésta depende de aquella» (Requena, 2004).

Conforme al artículo 51 de la Constitución:

«La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las norma de inferior jerarquía, así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado».

• Principio de competencia

Dicho principio implica la relación existente entre normas de diferentes ordenamientos (internacional, nacional, regional, local). El principio de competencia afecta directamente al acto de producción de la norma, siendo este lo que diferencia del principio de jerarquía, el cual concierne directamente a la validez de la norma.

En ese orden de ideas, Jerónimo Bertegán, Marina Gascón, Juan Ramón de Páramo y Luis Prieto señalan que las normas de competencia son aquellas que de modos diversos establecen «el ámbito de materia» sobre el que puede ejercerse una competencia normativa y que, en consecuencia, condiciona la validez de los actos normativos, y derivadamente, la de las disposiciones o normas creadas por ellos.

Cabe señalar que no todas las normas se relacionan jerárquicamente, pues existen normas que se encuentran situadas en un «pie de igualdad», al ubicarse en una misma categoría o escalón jerárquico. En cambio existen otras que, a pesar de situarse en niveles jerárquicos distintos, no se disponen jerárquicamente entre sí, sino en relación con otras normas.

B. La ley

b.1. Antecedentes

La vida del pueblo romano estuvo regida al principio por la costumbre (MORES - CONSUETUDO). Posteriormente, surgió la LEX. La Ley de las XII Tablas fue un claro punto de partida de este sistema (450 a.C).

La ley era grabada en tablas de mármol, bronce, etc., y fijada en lugares públicos como el TABERLARIUM del Capitolio, para que el pueblo tomara conocimiento directo de su existencia y la cumpliera mejor. Su presencia supone que la humanidad había alcanzado en el siglo III a.C. un avanzado grado de organización, una amplia capacidad de abstracción y el dominio extendido de la escritura, elementos que en conjunto denotan un largo proceso de evolución; la ley representó, a diferencia del mores maiorum, surgido de manera irreflexiva e inconsciente, el ejercicio deliberado y consciente de la razón. Con el triunfo de la Revolución Francesa, la ley, como manifestación más clara de la legislación, adquirirá su máximo esplendor e importancia normativa.

b.2. Etimología

LEGERE: Que significa leer. La ley debe ser escrita para ser leída.

b.3. Definición

La ley, en el sentido de la teoría de las fuentes, es el derecho escrito (*ius scriptum*). El derecho público de cada Estado instituye un poder legislativo encargado de elaborar las leyes, determina las formas a las que está subordinada la validez de la ley (voto, promulgación y publicación, etc).

En sentido formal se entiende por ley a todo precepto jurídico dado por el congreso (poder legislativo), ya sea de manera originaria (ley expresa) o derivada (decreto legislativo), aprobado mediante un procedimiento prescrito en la constitución, promulgada por el presidente de la república y publicada en el diario oficial. (Torres, 2011, p.429).

Es la norma escrita, de carácter general, que emana de los órganos políticos del Estado y se presume fundada en una necesidad común relativa a la convivencia.

Es una proposición jurídica, dictada y publicada por los órganos del Estado competente conforme a la constitución.

b.4. Elementos

ELEMENTOS {

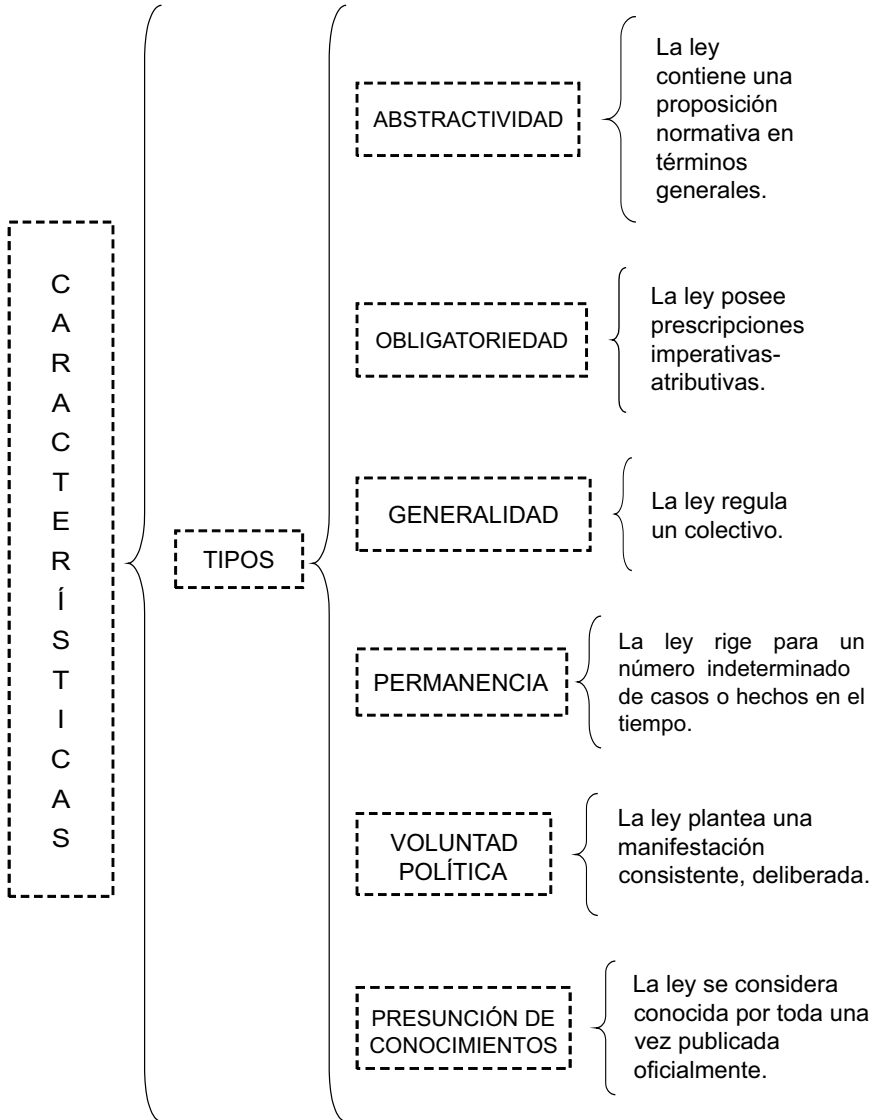
1. La norma jurídica.
2. La intervención de un órgano del Estado.
3. Su dictado y publicación.

1. La norma jurídica: Las leyes son normas, esto es, reglas de conducta obligatoria.

2. La intervención de un órgano del Estado: En la dación de las leyes intervienen los órganos competentes del Estado. Las prescripciones dictadas por quien carece de autoridad no constituyen leyes.

3. Su dictado y publicación: La dación de las leyes se realiza según el procedimiento señalado por la constitución, y su publicación es una exigencia que deriva de su generalidad, por cuanto deben ser conocidas por todos para obligar a su cumplimiento.

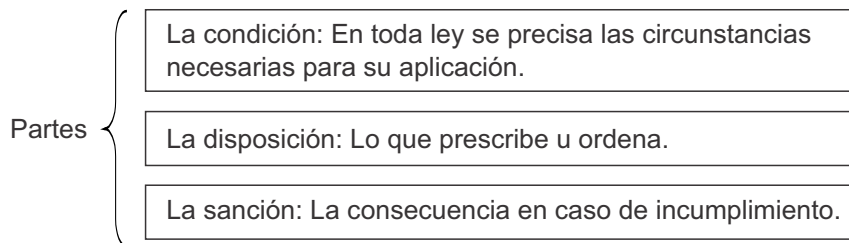
b.5. Características



Según Víctor García Toma son seis las características de la ley:

- a) **Abstractividad:** La ley contiene una proposición normativa en términos de un supuesto general que apunta al debe ser, en que queda encuadrada cualquier situación que pudiere darse en la realidad.
- b) **Obligatoriedad:** La ley posee prescripciones imperativas-atributivas, lo que implica la existencia de una voluntad que ordena y otra que obedece. Esta relación binaria se encuentra respaldada coactivamente por el Estado.
- c) **Generalidad:** La ley regula un colectivo. En ese sentido, Álvarez Mario (1955) afirma: «sus prescripciones a todos aquellos que estén contemplados en su supuesto o hipótesis normativa. Por lo tanto, todos los sujetos contemplados bajo el supuesto de la ley, deben ser regulados por ésta».
- d) **Permanencia:** La ley rige para un número indeterminado de casos o hechos en el tiempo. Sólo deja de tener vigencia, en principio, mediante su derogación o abrogación.
- e) **Voluntad política:** La ley plantea una manifestación consistente, deliberada y abierta acerca de la voluntad del Estado.
- f) **Presunción de conocimiento:** La ley se considera conocida por todos una vez publicada oficialmente. Ocurrido esto, ninguna persona puede alegar su incumplimiento por desconocimiento o ignorancia.

b.6. Partes que la conforman



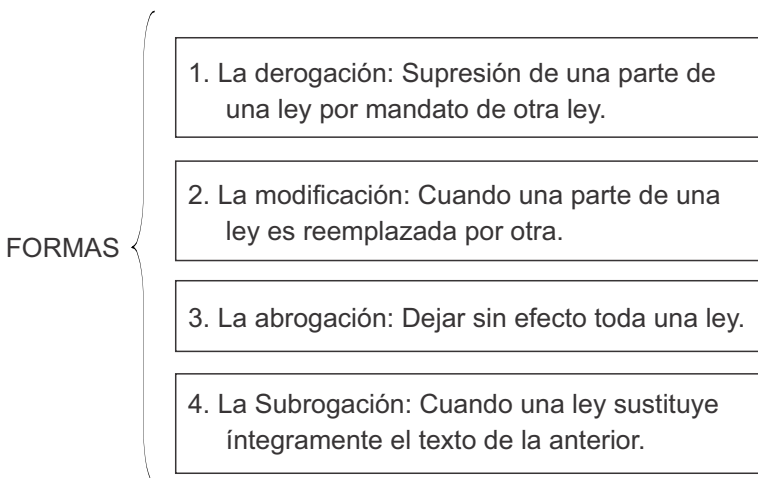
b.7. Sentido de la ley

La doctrina acepta que el término ley se emplea en dos sentidos:

Ley en sentido estricto	La ley en sentido amplio
Es la norma que emana del Poder Legislativo.	Es cualquier norma escrita, reconocida como vigente y válida por nuestro ordenamiento (decretos, resoluciones, normas con rango a ley, etc.

b.8. Cesación de la eficacia de la ley

1. **Por cesación extrínseca:** Atañe a la abolición formal, es decir, responde a causas externas a la ley: la derogación. Esta palabra hace referencia al acto de dejar sin efecto los alcances de una ley, a la que le quita vigor, imperatividad, calidad de ley. La derogación puede revestir cuatro (04) formas diferentes:



2. **Por cesación intrínseca:** Se refiere a la pérdida de efecto jurídico de una ley, basada en su propio contenido o naturaleza. Esto ocurre en los siguientes casos:

- Debido al transcurso del tiempo fijado por la propia ley, ya predeterminado por ella (Ley de presupuesto) o por el objeto que intentó alcanzar (normas transitorias).
- Por la consecuencia del fin principal que la ley se propuso alcanzar.
- Por la desaparición de una institución jurídica o por la improbabilidad de un hecho que era presupuesto necesario para la vigencia de la ley. Así, en caso de que se declarase que el sufragio electoral ha dejado de ser un deber jurídico, todos los preceptos que parten de esa base, inmediatamente dejarían de tener vigor (caso de las penalidades económicas por el incumplimiento del deber de sufragar).

b.9. Modos de derogación

Puede ser:

1. Expresa → Mediante una ley.
2. Tácita → Incompatibilidad de una ley anterior con otra ley posterior.

b.10. La codificación

Etimológicamente proviene de la palabra:

CODEX = CAUDEX ⇨ Tronco o tabla en que se escribe la ley.

En esa línea, la codificación es la compilación de las leyes, ordenada y sistematizada, referente a una rama del derecho. Es decir, es una consignación en textos escritos.

Mario Alberto Portela, (1976) define el código como aquel «conjunto orgánico y sistemático de normas que versan acerca de una misma rama del derecho».

La codificación tiene las siguientes importancias:

- a) Mayor fijeza.
- b) Mayor certeza y seguridad.
- c) Puede ser conocida más fácilmente por todos.

En Roma se llamaba *codex* a una especie de cuaderno; los primeros códigos fueron colecciones privadas, mientras que el código de Justiniano fue una redacción oficial. En el Derecho privado moderno las codificaciones son relativamente recientes: Alemania conoció dos principales en el siglo XVIII. Pero la que por su importancia científica y social hizo figura de acontecimiento capital fue el Código Napoleón adoptado en 1804.

4.4.2. La jurisprudencia

a. Etimología

PRUDENTIA y IURIS = Conocimiento del Derecho.

b. Definición

En su sentido antiguo este término es equivalente de ciencia del Derecho. En Roma, en efecto, los jurisconsultos eran llamados *jurisprudentes* o aun simplemente *prudentes*. En un sentido técnico moderno la jurisprudencia es el derecho (objetivo) que se desprende de los fallos pronunciados por los tribunales. Es el conjunto de fallos emanados de los órganos jurisdiccionales, que sirven para regir la solución de un número indefinido de casos semejantes que pudiesen presentarse.

«La jurisprudencia implica que exista una serie de principios y doctrinas o normas generales, que se han deducido de la repetición uniforme de fallos judiciales y que sirven para orientar la decisión de casos similares» (Monroy, 2010, p.267).

Álvarez (2010, (p.158)) define a la jurisprudencia como el «Conjunto de principios, criterios, precedentes o doctrinas que se encuentran en las sentencias o fallos de los jueces o tribunales».

En ese sentido, la jurisprudencia en sentido estricto se refiere a las resoluciones que emite el máximo tribunal, Sala Plena de la Corte Suprema, pero no a las resoluciones de los tribunales y juzgados inferiores a él. Como puede apreciarse, la jurisprudencia proviene de los tribunales de justicia.

Sin embargo, en los tiempos actuales, también la Administración Pública, en especial la que depende del Poder Ejecutivo, se ocupa de resolver muchas situaciones particulares de conflicto emitiendo resoluciones, las que se conoce como jurisprudencia administrativa. Esta produce diversos órganos de la administración pública para solucionar problemas jurídicos que caen en su competencia.

¿Cómo se forma la jurisprudencia? Teniendo que confrontar las reglas jurídicas con los casos concretos, los tribunales se encuentran con frecuentes problemas de interpretación que los obliga a precisar el sentido de la ley; encuentran también casos en que ni la ley ni la costumbre suministran la solución; recurren entonces a los principios generales del derecho, analogías, etc. Naturalmente un Tribunal trata de coordinar sus decisiones, de organizarlas en un conjunto por armonía lógica. Aporta así sus propias piedras al edificio del Derecho y el conjunto de sus decisiones forman una jurisprudencia.

c. Características

Según Víctor García Tomas, entre sus principales características están:

1. **Creadora de Derecho:** El juez, al resolver un caso particular no reglado legislativamente, establece de manera concreta un específico sentido jurídico, incorporándolo como norma al ordenamiento jurídico. Al respecto, el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución reconoce explícitamente la función creadora de la magistratura.
2. **Tarea pragmática:** La expedición de normas generadoras de deberes y derechos es consecuencia de una labor necesariamente práctica que obliga a dar solución a una situación de conflicto interindividual no prevista en nuestro ordenamiento.
3. **Decisión final el órgano jurisdiccional competente:** Surge sólo en el momento en que un fallo ha adquirido la condición de cosa juzgada (inmodificable), esto es, cuando ya no opera sobre él la posibilidad de una impugnación o revisión judicial.
4. **Expresión de concordancia judicial:** La expedición de una norma jurisprudencial obliga a que en el futuro la magistratura resuelva en el mismo sentido, siempre que se den los mismos requisitos entre el caso resuelto y próximo a resolverse. Al respecto, el artículo 386 del Código Procesal Civil señala que es causal para la interposición del recurso de casación la inaplicación no fundamentada de un precedente vinculatorio.

d. Criterios

La jurisprudencia invoca al respeto de cuatro criterios:

- **Igualdad:** Consiste en la aplicación de una misma regla a casos semejantes.
- **Previsibilidad:** Consiste en la predeterminación de las decisiones judiciales en función de la semejanza de los hechos.
- **Economía:** Consiste en el uso eficaz del tiempo y la energía jurisdiccional.

- **Respeto:** Consiste en la aplicación de la sabiduría y experiencia acumulada en la función jurisdiccional.

e. El papel de la jurisprudencia en el sistema romano-germánico (Ordenamiento nacional)

En el Perú la jurisprudencia es precedente vinculatorio, sobre todo en los aspectos administrativos, tributarios y laborales. El artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que las salas especializadas de la Corte Suprema ordenen la publicación, en el diario oficial, de las ejecutorias que fijen principios jurisprudenciales, los que serán de aplicación obligatoria.

En materia civil, la jurisprudencia de principio que elabora la Corte Suprema se regula por el artículo 400 del Código Procesal Civil, la que debe ser invocada por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. Si por excepción deciden apartarse de ella, deberán dejar constancia en sus resoluciones del precedente obligatorio que desestiman y de los nuevos fundamentos que invocan.

De manera similar, el artículo 9 de la ley Nro. 23506 establece que las resoluciones sobre las acciones de hábeas corpus y amparo sientan jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se pueden desprender principios de alcance general; y el inciso f) de la norma III del Título Preliminar del Código Tributario considera expresamente a la jurisprudencia como fuente de la materia.

Si bien en la mayoría de los casos el juez nacional resulta un mero aplicador del derecho, en los casos de fallos de principio él se convierte en un verdadero «legislador», ofreciendo una solución legal donde antes no la había. Esta labor creativa se encuentra amparada en el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución, que establece como garantía el no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

4.4.3. La costumbre

a. Etimología

Etimológicamente proviene de la palabra:

«MORES» o «CONSUETUDO»

La costumbre ha constituido la primera fuente formal del Derecho.

En las primeras etapas de la evolución jurídica de los pueblos, la costumbre revistió gran importancia, la misma que ha ido desapareciendo paulatinamente con los avances de la ley.

b. Definición

Álvarez (2010) define a la costumbre como: «...la repetición de acciones al interior de una sociedad que dada su reiteración, aceptación y permanencia van adquiriendo fuerza normativa, apareciendo como obligatorias» (p.150).

Gény (como se citó en Peña, 2011 p.104) opina que la costumbre es «un uso existente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo».

Es aquella norma jurídica derivada de la repetición más o menos constante de actos de conducta uniforme que han adquirido fuerza obligatoria por la convicción social de la necesidad de su respeto y acatamiento.

Ahora bien, como expresa Guillermo Borda, «en el Derecho contemporáneo el papel de la costumbre es modesto, se le compara con el de la ley. No obstante ello, en algunas ramas del Derecho su campo de aplicación es bastante amplio». No es el caso del Derecho Penal, donde no tiene eficacia alguna, ya que éste se rige por los principios «nullum crimen sine lege» y «nulla poena sine lege».

c. Elementos constitutivos

- 1) La existencia de una costumbre dependía en primer lugar de la observancia uniforme de las reglas por la generalidad de los interesados y esta práctica debía remontar muy arriba en el tiempo: era el elemento objetivo.
- 2) La idea del carácter obligatorio de la regla debía reinar en los medios regidos por ella: era la opinión *necessitatis*, elemento subjetivo.

d. Formación

Para la formación de la costumbre se exige lo siguiente:

1. Pluralidad de actos.
2. Uniformidad.
3. Tiempo.
4. Expansión.
5. Conciencia de su obligatoriedad.

1. Pluralidad de actos: Es necesario para la formación de la costumbre, ya que solo un acto, que puede ser su punto de partida, o un número limitado de actos, no son bastantes para constituirlos.
2. Uniformidad: Es necesario que «revelen acatamiento a una misma regla o principio». Si algunos contradicen o se oponen a otros, los destruyen y no puede formarse una costumbre.
3. Tiempo: La repetición debe realizarse durante determinado periodo. Para el Derecho romano, después de cien años la costumbre asumía carácter inmemorial.
4. Extensión: Se refiere a la necesidad que sus prácticas abarquen ciertos límites, no tanto geográficos sino constituidos por grupos sociales, dentro de los que deben ser acatadas por la mayoría de los individuos.

5. Conciencia de su obligatoriedad: Significa que debe existir la convicción de que la costumbre tiene que cumplirse por necesidad de la convivencia social.

d. El concepto de las buenas costumbres en nuestro ordenamiento jurídico

Se refiere a «un elemento existencial acorde con la moral» (León, 1973).

Se trata de criterios axiológicos verificados en el plano social y que coadyuvan al mantenimiento del orden público, implicando una conexión íntima entre la moral y el derecho y reivindicando el sentir general de una moral social. Las buenas costumbres forman parte de la ética, regulan la vida interior del hombre y tiene trascendencia social y jurídica al coadyuvar a una sana, recta y pacífica convivencia.

e. Derecho consuetudinario - rondas campesinas

e.1. Antecedentes

Una de las necesidades de la fundación de las rondas campesinas son los constantes delitos cometidos principalmente por los abigeos, como robo de ganados, violaciones, asaltos, asesinatos, etc.

e.2. La organización

La ronda campesina está organizado de la siguiente manera: En primer lugar existe la ronda local comunal en cada comunidad formada por todos los comuneros; en segunda lugar existe una ronda zonal o distrital; y en tercer lugar la ronda provincial.

e.3. Logros de las rondas campesinas

Las acciones llevadas a cabo por las rondas campesinas han logrado contribuir a vivir en paz y armonía en las comunidades, distritos y la provincia. Puede considerarse como un ejemplo importante que en la cárcel no hay presos desde su formación, esto se debe

al buen trabajo coordinado de la ronda campesina. Es así que ahora los animales como vacas, ovinos, caballos etc, pastan libremente en los campos, sin el miedo de que se pierdan.

e.4. Acciones de coordinación

Se realizan acciones con la Policía Nacional, la Fiscalía, la Municipalidad, el juez de paz, el gobernador, el párroco sobre diversos acuerdos y puntos concernientes a las funciones de cada una de estas instituciones. Una de las principales acciones de coordinación es con el juez de paz de las comunidades y distritos, haciendo que estas dos formas de administración de justicia marchen adecuadamente.

e.5. Las reflexiones impuestas como actos de educación en los delincuentes

Las acciones de la ronda campesina consisten en lograr que los delincuentes reflexionen sobre sus malos actos. Estas reflexiones consisten, por ejemplo, en dar de látigos con la planta medicinal de la ortiga a estos delincuentes cuando se trata de hechos no graves, y cuando son reincidentes o graves se les sumerge en agua fría.

¿Debe considerarse estas acciones de reflexión («sanción o castigo») como una violación de los derechos humanos? Consideran las rondas campesinas que no.

e.6. Conflictos entre la justicia comunal y justicia formal

Los conflictos que se presentan entre la justicia ordinaria y la justicia comunal se identifican o reconocen cuando se denuncian estos casos; es decir, la identificación se produce posteriormente a las acciones llevadas a cabo por los líderes comunales y ronderiles.

f. Derecho penal y Derecho consuetudinario

f.1. Enfoque y finalidad

La necesidad de entender la interculturalidad de la administración de justicia como un proceso dinámico e interactivo que debe

darse en igualdad de condiciones y no como simple reconocimiento de un pluralismo jurídico o de la existencia de órganos jurisdiccionales comunales meramente subsidiarios o de segundo nivel.

Ese es el enfoque y propósito que motivó la elaboración del acuerdo plenario N° 1-2009/CJ-116 sobre rondas campesinas y el Derecho Penal.

f.2. Función y utilidad

- Se trata de un acuerdo plenario de aproximación que debe ser evaluado y retroalimentado.
- Su principal destinatario es la judicatura penal cuyo proceder se procura orientar para un tratamiento razonable de los conflictos de interculturalidad suscitados a partir de la intervención jurisdiccional y punitiva de las rondas campesinas.
- Expresa la voluntad de la Corte Suprema de Justicia de abordar una problemática recurrente en varios distritos judiciales del país.

f.3. Presupuestos para identificar la legitimidad de la intervención jurisdiccional y punitiva de las rondas campesinas

- La localización del hecho imputado en el espacio geográfico de la actuación ronderil.
- Que la conducta realizada afecte el interés comunal o de los integrantes de la comunidad, constituyendo en dicho ámbito espacial-cultural un hecho antijurídico y punible según las normas tradicionales, lo cual determina que las rondas campesinas deban intervenir para su esclarecimiento y sanción.
- Que el autor de la conducta infractora haya conocido el significado antijurídico de su conducta como lesión o puesta en

peligro de los intereses comunales o de sus integrantes; o que haya actuado con móviles egoístas para afectar la institución comunal o para ofender a sabiendas los valores y bienes jurídicos tradicionales de las rondas campesinas o de sus integrantes.

- Que la actuación de las rondas campesinas, en ejercicio de sus funciones y en aplicación de su derecho consuetudinario no vulneren el núcleo esencial de derechos fundamentales y de consenso intercultural como la vida, la salud individual, la dignidad de la persona humana, la prohibición de torturas y tratos crueles o degradantes; así como la legalidad del proceso, delitos y penas.

f.4. Presupuestos que habilitan la intervención penal de la justicia ordinaria

- Que los actos de las autoridades ronderiles vulneren los derechos fundamentales tutelados como consecuencia de la aplicación de disposiciones del propio derecho consuetudinario; o como consecuencia del abuso funcional que practiquen tales autoridades.
- Que la intervención de la justicia penal ordinaria sea necesaria y legítima como órgano de control externo y de tutela de los derechos humanos.
- Que las infracciones detectadas demanden la aplicación a sus autores o partícipes de la legislación penal ordinaria.

f.5. Tipología básica sobre actos de exceso que darán lugar a la aplicación del Derecho Penal ordinario

En tanto los actos ronderiles atenten contra el contenido esencial de los derechos humanos, aun cuando tengan aceptación en el Derecho consuetudinario, serán antijurídicos y podrán ser procesados por la justicia penal ordinaria. Tales actos son los siguientes:

- a) Privaciones de la libertad sin causa y sin motivo razonable (detenciones arbitrarias y al margen del control típicamente ronderil).
- b) Las agresiones irrazonables o injustificadas a las personas intervenidas o detenidas por los ronderos.
- c) Violencia y humillaciones para que el intervenido por la ronda declare en uno u otro sentido.
- d) Juzgamientos sin un mínimo de posibilidades de defensa.
- e) Aplicación de sanciones no consideradas por el Derecho consuetudinario.
- f) Aplicación de penas de violencia física extrema como las mutilaciones u otras formas de lesiones graves.

f.6. Criterios para la aplicación de la ley penal ordinaria en casos de delitos imputados a ronderos

1. Descartar la realización de delitos de usurpación de autoridad o de autojusticia, al ser el rondero autoridad comunal con facultades legítimas para intervenir en la investigación y juzgamiento de delitos.
2. Descartar la calificación jurídica de la actuación ronderil como configuradora del delito de secuestro agravado o coacción dado que la privación de libertad que aplica la autoridad ronderil (imposición de trabajos comunitarios) constituyen manifestaciones de la función jurisdiccional que ejerce, la cual comprende facultades coercitivas de detención, incomunicación o imposición de sanciones.
3. Descartar una finalidad lucrativa o actos de extorsión en el proceder de la ronda campesina, por lo que no debe asimilárseles a organizaciones criminales urbanas dedicadas al secuestro extorsivo.

4. Si no es posible declarar la atipicidad o justificación de la conducta realizada por la autoridad ronderil, al exceder ésta los límites del inciso 8 del artículo 20 del Código Penal, se deberán aplicar los efectos atenuantes que regula el artículo 21.
5. Se deben evaluar también las posibilidades de exculpación o atenuación por concurrencia de supuestos de error de prohibición o error culturalmente condicionado (vencible o invencible). Para este examen será de suma utilidad la pericia antropológica que se haya emitido.
6. En la determinación de la pena se deberán considerar los criterios y circunstancias atenuantes señalados en el inciso 2 del artículo 45 y en el inciso 8 del artículo 46 y en el inciso 2 del artículo 9 del convenio 169 de la OIT.
7. Las penas aplicables deberán ser compatibles con los criterios señalados en el artículo 10, inciso 2 del convenio 169 de la OIT («deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento»).

4.4.4. La doctrina

Esta obra de los jurisconsultos, comentadores y auxiliares del Derecho se llama doctrina. En suma es la ciencia del derecho. Hay doctrina cada vez que una obra aborda un estudio científico del Derecho, sea que emane de juristas puros, sea que emane de sacerdotes dominados por los dogmas religiosos (judíos, canonistas, católicos).

Monroy (2010) afirma que se entiende por doctrina todas las teorías y estudios científicos contenidos en libros, monografías, tratados, revistas, que contribuyen a la interpretación del derecho positivo y que guían las reformas de la legislación, tanto como son pautas para la aplicación del Derecho (p.266).

La doctrina es considerada también fuente formal del Derecho y puede ser definida como el conjunto de opiniones de los jurisconsultos, emitidas con la finalidad teórica o con el objeto de facilitar la aplicación del Derecho.

Según Víctor García Toma, es la ciencia del Derecho elaborada por los jurisconsultos y comprende el conjunto de sus investigaciones, estudios, análisis y planteamientos críticos. Contiene juicios, procesos u operaciones mentales efectuados por abogados con una sólida, experta y calificada formación académica; es decir, involucran el conjunto de escritos de los juristas que, hechos con finalidad teórica, aspiran a una mejor comprensión y aplicación del Derecho.

La aplicación de las normas jurídicas del Derecho en las sociedades de todas las épocas se ha basado en la labor asidua que realizan los juristas. Ha nacido y se enriquece cada vez más la ciencia del Derecho; se facilita la aplicación de sus normas y se va perfeccionando el ordenamiento jurídico en general.

Por otra parte, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya establece que la doctrina es fuente secundaria o auxiliar del Derecho Internacional.

Finalmente, diremos que la doctrina es el conjunto de aportes al Derecho a lo largo de toda la historia por autores dedicados a:

- Describir,
- Explicar,
- Sistematizar,
- Criticar, y
- Aportar soluciones dentro del mundo jurídico.

Su inclusión como fuente formal tiene un carácter histórico.

Actualmente, a pesar de su importancia, la doctrina no es en sí misma una fuente formal, pues no crea normas. Si se la considera

como una fuente indirecta, ya que guía las reformas de la legislación y fija las pautas de interpretación del derecho; en suma, influye en el legislador y el juez en sus respectivas tareas.

Las características de la doctrina son:

1.	Descriptivo	Presenta ordenadamente la riqueza teórica del plexo normativo de un Estado.
2.	Científico	Enriquece el mundo del Derecho mediante su descripción, explicación y sistematización.
3.	Práctico	Contribuye a una mejor aplicación del Derecho.
4.	Crítico	Colabora en el perfeccionamiento del orden jurídico.

En conclusión, en nuestros días, el trabajo de la doctrina es inmenso: tratados –exposiciones didácticas concebidas sobre un plan libre–, comentarios –explicaciones de un texto legal, artículo por artículo–, síntesis filosóficas u obras sobre materias especiales que salen sin cesar de la imprenta y llenan las bibliotecas; además, un gran número de revistas con importantes artículos investigan el pasado, el presente y el porvenir. La función de la doctrina consiste así en escudriñar el derecho positivo, en organizarlo en un conjunto coherente y lógico, y también en criticarlo y buscar cómo mejorarlo.

4.4.5. La declaración de voluntad

Es un acto jurídico a través del cual el sujeto expresa intersubjetivamente algo que está en su pensamiento. Esta declaración de voluntad es fuente del Derecho, cuando lo expresado intersubjetivamente constituye una norma jurídica obligatoria y no una simple declaración u opinión.

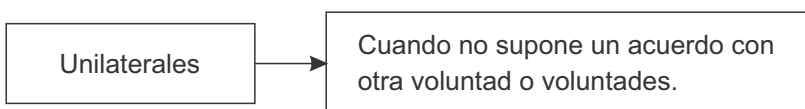
Como acto jurídico, la declaración de voluntad se rige por las normas que le son pertinentes. De las muchas que existen una central es la contenida en el artículo 140 del Código Civil que establece lo siguiente:

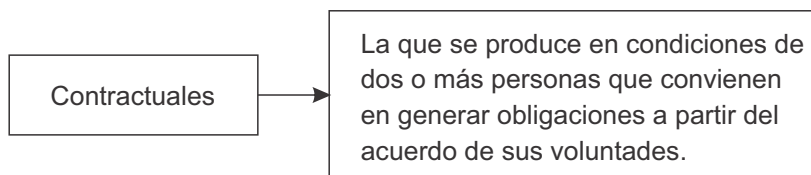
«Artículo 140.- El acto jurídico es la manifestación de la voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Agente capaz.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad».

Pueden expresar su voluntad muchos tipos de personas. Personas naturales. Con plena capacidad. También puede expresar su voluntad las personas jurídicas, para la cual tienen que haber cumplido todos los requisitos de la constitución y nombramiento de mandatarios que las representen y los entes o patrimonios autónomos tales como la sociedad conyugal o de sucesiones.

Las consecuencias de una declaración de voluntad, no son necesariamente normativas y, por lo tanto, no siempre operan como fuente del Derecho. Estas pueden ser de dos tipos:





a. Características

La manifestación de voluntad efectuada con la intención de producir consecuencias jurídicas presenta tres rasgos esenciales:

1. Creación normativa con interés de parte.
2. Conformidad con el ordenamiento jurídico, especialmente con las normas atinentes al orden público.
3. Equidad entre los participantes de la relación jurídica, es decir, inexistencia de aprovechamiento de uno respecto del otro.

b. Estructura

- **Capacidad:** Es la actitud general para ser sujeto de derechos y obligaciones, y, por tanto, para declarar una voluntad y promover determinados efectos jurídicos.

Las personas naturales son plenamente capaces-aptas para gozar y ejercer derechos- a partir de los dieciocho años de edad, y relativamente incapaces entre los dieciséis y los dieciocho.

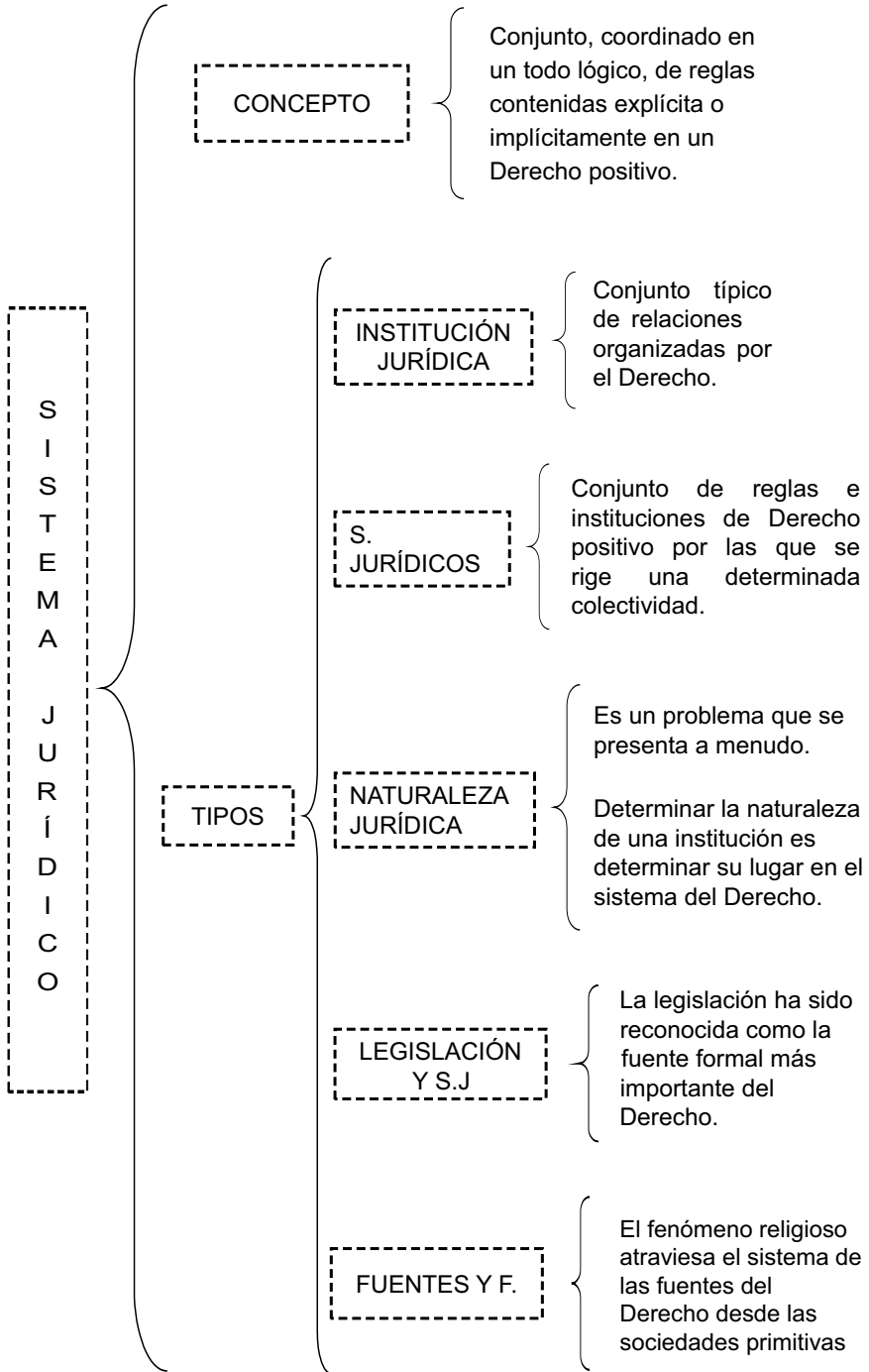
Las personas jurídicas poseen capacidad cuando han cumplido con los requisitos de constitución y nombramiento de mandatarios que las representen y expresen válidamente.

Debe advertirse que mientras la capacidad de goce es insustituible como requisito de validez para la declaración de voluntad, la capacidad de ejercicio puede ser suplida por la representación.

- **El objeto:** Es el bien, utilidad o interés sobre el que recae la manifestación de voluntad. Debe ser claramente determinable desde una perspectiva física y legal, materialmente identificable y factible de realización por su adecuación a las leyes de la naturaleza, y conforme al ordenamiento jurídico.
- **La finalidad:** La declaración de la voluntad se dirige a la creación, regulación, modificación o extinción de derechos.
- **La forma:** Es el medio o modo como se presenta y exterioriza la declaración de voluntad (de manera verbal, escrita, etc.). Depende de la liberalidad o exigibilidad que plantea el ordenamiento jurídico.

SISTEMA JURÍDICO

CONTENIDO: 5.1. Institución jurídica
5.2. Sistemas jurídicos 5.3. La naturaleza jurídica
5.4. La legislación y los sistemas jurídicos comparados
5.5. Fuentes y fenómenos religiosos.



Las reglas se agrupan alrededor de núcleos que son las instituciones jurídicas.

5.1. INSTITUCIÓN JURÍDICA

La institución jurídica es un conjunto típico de relaciones organizadas por el Derecho, por ejemplo, el matrimonio, la propiedad, el testamento, la casación, los tratados internacionales, etc. Es un instrumento indispensable en la vida jurídica. Cuando diversas instituciones jurídicas se reducen a un tipo común, como la venta y el arrendamiento se reduce al contrato, se está en presencia de instituciones secundarias e instituciones principales. Así, las instituciones se ordenan alrededor de centros intermedios; luego, éstos alrededor de centros más importantes y así sucesivamente. El contrato de trabajo, por ejemplo, gravita alrededor de la institución jurídica que es el contrato. El legado es una institución particular vinculada a la institución más general de las disposiciones por causa de muerte (testamento) que culmina en la institución de la sucesión.

5.2. SISTEMAS JURÍDICOS

El sistema jurídico es el conjunto, coordinado en un todo lógico, de reglas contenidas explícita o implícitamente en un derecho positivo. No puede existir más que un solo sistema jurídico en una comunidad jurídica, es decir, en un país regido por un mismo derecho; pero hay tantos sistemas jurídicos como derechos positivos.

El sistema jurídico asigna su lugar a cada institución jurídica. Se puede decir que las instituciones jurídicas forman los diferentes capítulos del sistema.

Comparar el sistema jurídico a un edificio es una aproximación que se impone; uno y otro tienen el mismo equilibrio, la misma solidez y ofrecen las mismas posibilidades de compartimientos múltiples y diversos. Los principios generales formarían entonces los

pilares. Las diversas instituciones jurídicas con sus contornos variados serían los pisos, las habitaciones y los ornamentos. Nosotros preferimos sin embargo la imagen del árbol: un tronco común está firmemente arraigado en el suelo social; se divide en ramas maestras que se subdividen y terminan en innumerables ramificaciones. El crecimiento del árbol es continuo: el derecho penal, derecho civil. Más recientemente han aparecido otras ramas y aun grandes ramas.

Como afirma el propio maestro José Castán Tobeñas (1956), el sistema jurídico «es el conjunto de reglas e instituciones de Derecho positivo por las que se rige una determinada colectividad (...)».

«Un sistema jurídico implica un conjunto de fundamentos culturales ideológicos, así como los principios, reglas y métodos técnicos expresados dentro de un ordenamiento legal, lo que lleva a concebir una regla casi general según la cual existe un solo sistema jurídico dentro de una misma comunidad» (René, 1968).

Al respecto, Eduardo J. Couture sostiene que «Los diversos sistemas jurídicos corresponden a realidades sociales, económicas, políticas, religiosas, morales, de las cuales el derecho actúa como elemento aglutinante más que como elemento ordenador».

Por lo demás, la elección o imposición de un sistema jurídico como marco de referencia para un ordenamiento determinado implica la promoción o adopción de una forma de vida: una cultura.

5.3. LA NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica de una institución, de una regla o de una relación existente entre dos personas es un problema que se presenta a menudo. Cabe preguntar, por ejemplo, cuál es la naturaleza jurídica de los sponsales o la de las relaciones entre el Estado y el funcionario. Determinar la naturaleza de una institución es determinar su lugar en el sistema del Derecho; es por consiguiente acercar las

instituciones que son parientes y oponerlas a otras; es reconocer los principios más generales bajo el imperio de los cuales se les asigna un lugar en el sistema. Así, por ejemplo, los esposales pertenecen al derecho de Familia. Está pues emparentado al matrimonio.

Resulta que está regido por las disposiciones del Derecho de familia. En un contrato entre el Estado y el funcionario con ocasión de su nombramiento, la naturaleza jurídica del vínculo que los une es de derecho público, por lo que cabe deducir que la situación del funcionario escapa a los principios del derecho privado sobre la autonomía de la voluntad y los efectos de los pactos, pero que está regida por el principio de autoridad que preside al derecho público.

5.4. LA LEGISLACIÓN Y LOS SISTEMAS JURÍDICOS COMPARADOS

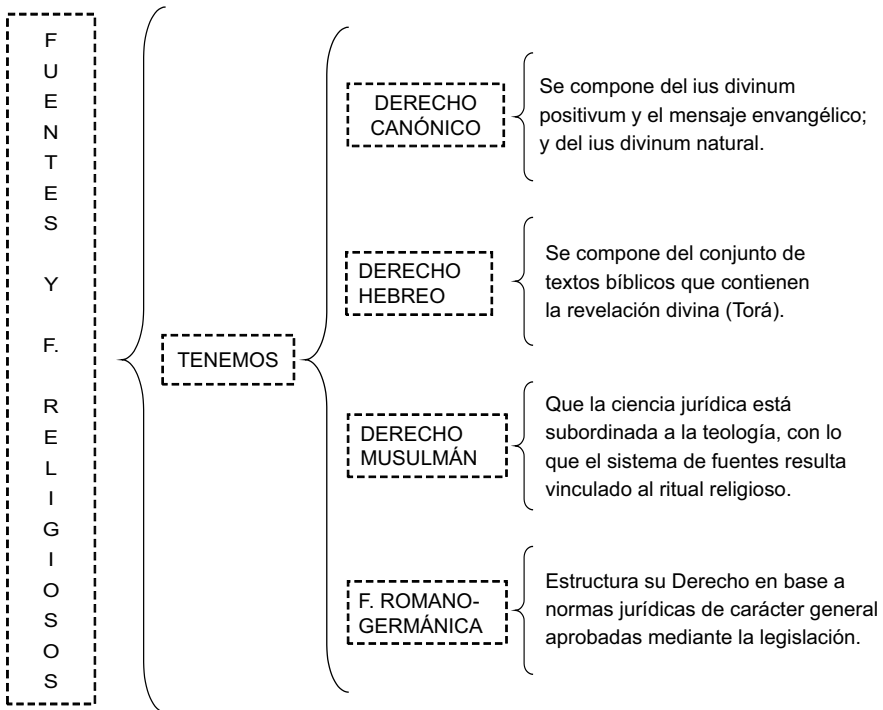
«Modernamente, la legislación ha sido reconocida como la fuente formal más importante del derecho. Ello se debe a que el Estado tal como lo conocemos ahora ha desarrollado su hegemonía y ha perfilado claramente sus rasgos jurídicos. Gracias a la teoría de la separación de poderes, y al desarrollo del concepto de “Estado” los órganos del Estado, principalmente el poder legislativo y el poder ejecutivo son los que tienen la atribución de crear legislación» (Rubio, 2006, p.123-124).

Sin embargo, no siempre fue la legislación la fuente principal del Derecho y, cuantitativamente hablando tampoco es hoy la fuente principal en todos los sistemas jurídicos que reconoce el derecho comparado.

Resumiendo, podemos distinguir tres grandes familias en lo que se conoce como el Derecho Comparado: la familia del Derecho anglosajón; el conjunto de derechos fundados en creencias religiosas entre los que resalta el Derecho Islámico; y la familia de Derecho llamada Romano-germánica.

- a) **La familia anglosajona** que comparten el Reino Unido, prácticamente todos los Estados Unidos de Norte América y los estados de la comunidad británica, entre otros, da una importancia inusual en nuestro sistema jurídico a la jurisprudencia como fuente del derecho, al punto que muchos importantes campos de la vida social están regidos por normas que provienen de dicha fuente formal.
- b) **La familia de los derechos fundamentados en creencias religiosas** da fuerza jurídica a los textos que tienen carácter de palabra divina revelada. El Corán y sobre todo las tradiciones de su interpretación gozan de tal calidad en muchos estados árabes.

5.5. FUENTES Y FENÓMENOS RELIGIOSOS



«El fenómeno religioso atraviesa el sistema de las fuentes del Derecho desde las sociedades primitivas. Aún hoy es posible hallar ordenamientos jurídicos cuya estructura y, en especial, cuyo sistema de producción normativa presenta fuertes interconexiones con el fenómeno religioso dominante.

(...) al llamado Derecho divino, es decir, al Derecho que se sustancia por las manifestaciones de la voluntad de una autoridad sobrenatural y que se impone a los destinatarios de las normas con la amenaza de sanciones en otra vida, junto con otras de carácter terrenal. (...). En las religiones que califican la revelación divina como fuente del Derecho (la hebrea, la cristiana y la musulmana) (...)» (Pegoraro, págs. 46-49).

a) Derecho Canónico

El ordenamiento jurídico de la Iglesia católica, o Derecho canónico, hunde sus raíces en épocas muy antiguas. La parte del Derecho canónico de derivación divina (*ius divinum*) se compone del *ius divinum positivum*, que resulta de la revelación de las Sagradas Escrituras y el mensaje evangélico; y del *ius divinum natural* que asume, en cambio, como fundamento la identidad entre voluntad divina y racionalidad.

Los destinatarios del Derecho Canónico son todos los bautizados: ellos están sometidos al ordenamiento de la Iglesia, de cuya aplicación se encargan los tribunales eclesiales. Además de aplicarse en el Estado de la Ciudad del Vaticano, el Derecho Canónico, al día de hoy, también es fuente jurídica en algunos países, si bien sólo de ciertas instituciones y sobre la base de un régimen concordatario.

b) Derecho Hebreo

El Derecho Hebreo se compone del conjunto de textos bíblicos que contienen la revelación divina (Torá) y de la interpretación que ha elaborado la doctrina teológica de

tales textos, inspirada por la divinidad (Talmud). Desde un punto de vista subjetivo, los destinatarios del Derecho Hebreo no son los que se adhieren voluntariamente a la religión, sino los que, habiendo nacido de mujer hebrea, pertenecen al pueblo hebreo. En cuanto a su ámbito de aplicación, el Derecho hebreo tienen vigencia actualmente en el Estado de Israel como estatuto personal de los judíos y de forma limitada respecto de algunas esferas de la vida privada (familia); ello, no obstante, no le priva de influencia sobre la producción del Derecho político vigente.

Fuera del Estado de Israel, el Derecho hebreo puede encontrar aplicación por voluntad de los propios judíos que, a veces con el fin de regular la relación con el Estado en que se instalan, promueven acuerdos jurídicamente vinculantes.

c) Derecho Musulmán

El vínculo entre religión y Derecho se presenta de un modo intenso en el caso del Derecho Musulmán hasta el punto de que la ciencia jurídica está subordinada a la teología, con lo que el sistema de fuentes resulta vinculado al ritual religioso.

d) La familia Romana-germánica estructura su Derecho en base a normas jurídicas de carácter general, aprobadas mediante la fuente formal llamada legislación. Por diversas razones de tipo histórico, nuestro sistema jurídico actual pertenece a esa familia y de ahí que conceptuemos vulgarmente nuestro derecho como basado en «las leyes». Nuestro sistema tiene tres características que es preciso resaltar:

- a. La primera consiste en que la legislación es la fuente formal más importante tanto en número de normas jurídicas existentes como en la superior jerarquía que ellas ocupan

frente a otras fuentes del Derecho en todos los campos de la normatividad jurídica.

- b. La segunda consiste en que las otras fuentes del Derecho tienen cierta importancia, pero están subordinadas a la legislación, marcándose así una clara distinción frente a las otras familias del Derecho, incluida la anglosajona, que nos es especialmente cercana por razones culturales.
- c. La tercera es que, a pesar de que la legislación está compuesta por normas generales y abstractas, la doctrina adquiere mucha importancia para esclarecer, precisar y concretar contenidos normativos.

El sistema romano-germánico apareció en el siglo XIII y se formó en la Europa continental (antes de esa fecha existían, sin duda, los elementos con los que más tarde se constituiría, pero se carecía de una concepción totalizadora).

La creación del sistema romano-germánico se encuentra –como afirma Torres Anibal (1999)– «ligada al reconocimiento jurídico que se produce en el occidente europeo (...). La nueva sociedad toma otra vez conciencia de la necesidad del derecho como garantía de orden y seguridad».

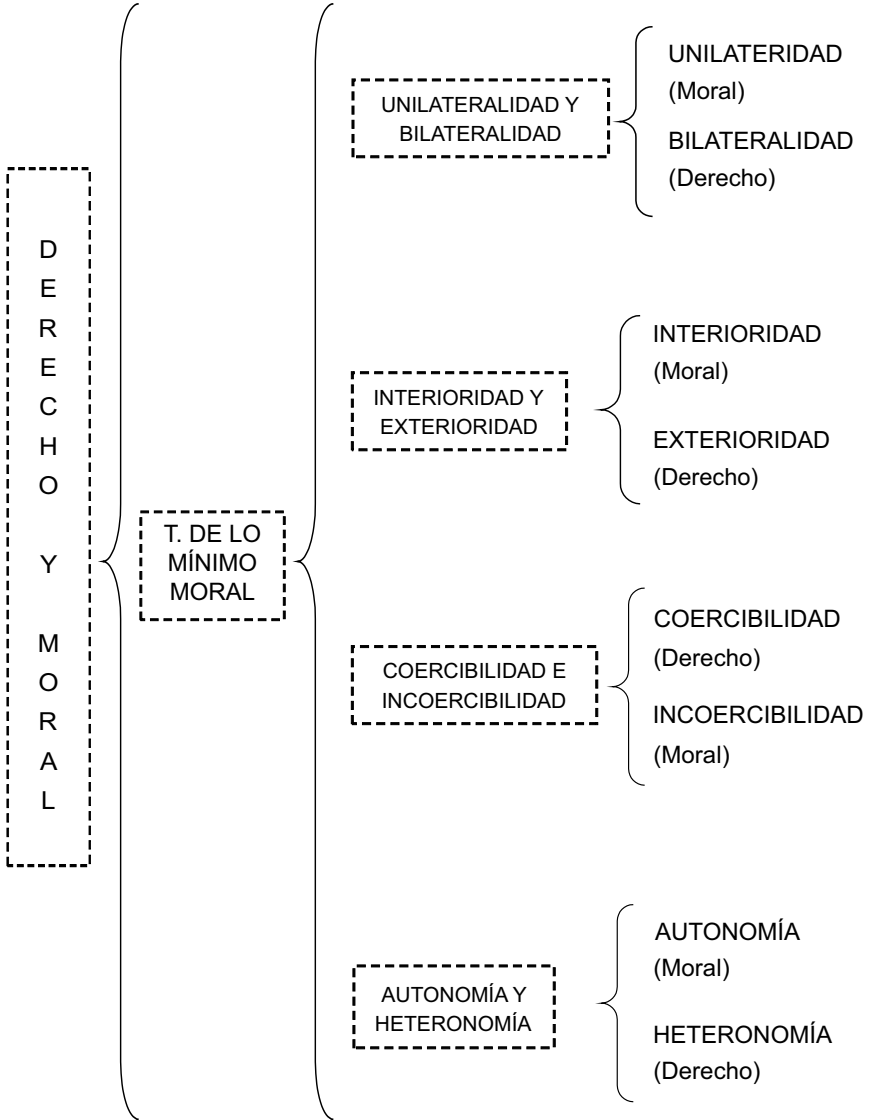
Implicó el abandono del ideal de una sociedad cristiana fundada sobre la caridad, la renuncia a establecer «la ciudad de Dios» en la tierra, así como la distinción de las nociones de sociedad laica, fuero externo e interno, y la no confusión de la moral y la religión con el orden social y el Derecho.

La elaboración y desarrollo de este sistema se consolidó con las necesidades crecientes de los países de stirpe latina y germana, y se extendió más allá del continente europeo –por razones de conquista–, habiendo sido adoptado incluso, voluntariamente, en el África.

CAPÍTULO II

DERECHO Y MORAL

CONTENIDO: 6.1. Teoría de lo mínimo moral
6.2. Derecho y moral 6.2.1. Unilateralidad de la moral y
bilateralidad del Derecho 6.2.1. Interioridad de la moral y
exterioridad del Derecho 6.2.3. Coercibilidad del
Derecho e incoercibilidad de la moral 6.2.4. Autonomía
de la moral y heteronomía del Derecho 6.3. Breve
historia acerca de la diferencia entre Derecho y Moral.



6.1. TEORÍA DE LO MÍNIMO MORAL

Existen ciertas reglas de conductas que toda organización social debe promover para que pueda ser viable como medio de convivencia. Tales reglas constituyen de hecho un elemento común al derecho y la moral condicional de todas las sociedades que han alcanzado el grado en que una y otra se distinguen como formas diferentes de control social. En toda sociedad aparecen algunas normas jurídicas que representan el «mínimo moral» necesario para que ella pueda cumplir su cometido de convivencia social y lugar de realización humana. Ninguna comunidad puede ser permanente, si en alguna medida no se respetan aquellas reglas fundamentales. Es evidente que los sujetos que conforman una sociedad, no siempre están dispuestos a cumplir espontáneamente obligaciones morales vitales; se hace, por tanto, necesario dotarlas de coercitividad para que la sociedad cumpla con su objetivo y no zozobre.

La teoría del mínimo ético consiste en afirmar que el Derecho representa el mínimo de moral necesario para que la sociedad pueda sobrevivir. Como no todos pueden ni quieren cumplir de una manera espontánea las obligaciones morales. Se hace indispensable dotar de fuerza ciertos preceptos éticos para que la sociedad no zozobre. (Reale, 1984, p.45)

Las normas jurídicas elementales referidas a la naturaleza de los seres humanos, así como de sus circunstancias naturales y propósitos fundamentales, están vinculadas con los deberes de promover y proteger la vida, la libertad, la dignidad y el patrimonio.

Existe un número importante y mayoritario de normas ajenas al campo moral; así tenemos el caso de la regulación de los contratos, los procedimientos y requisitos para interponer acciones judiciales, etc.

Estas sirven para regular el comportamiento en sociedad en sus aspectos específicamente jurídicos.

6.2. DERECHO Y MORAL

6.2.1. Unilateralidad de la moral y bilateralidad del Derecho

Entre las normas morales y de Derecho no hay más punto de unión que el de ser ambas normas de conductas, pues entre ellas no hay ningún otro signo común.

Para la mejor comprensión del tema que nos interesa, tomemos al azar normas éticas y una norma jurídica con el objeto de que, puestas frente a frente, advirtamos la diferencia que hay entre ambas.

«Honrarás a tus padres» y «el que falta al cumplimiento de una obligación es responsable del pago de daños y perjuicios», la primera es una norma moral y la otra una norma jurídica que, puestas frente a frente, revelan con meridiana claridad los atributos que las distinguen entre sí.

Así, en el primer ejemplo, se trata de un deber que tiene el obligado de «honrar a sus padres».

En el segundo ejemplo no sólo se tiene el deber sino también hay una deuda, y esto es así porque frente al obligado de la norma jurídica existe un sujeto o pretensor que tiene el derecho o la facultad para exigirle el pago de la deuda por los daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación.

Por el contrario, frente al obligado moral no existe el sujeto pretensor que tenga la facultad, como es en el caso de una norma jurídica.

Por eso decimos que las normas morales contienen «deberes» para el obligado y que las normas jurídicas implican «deudas» del obligado y no solamente deberes.

Además, se advierte que en las normas jurídicas, y como consecuencia de lo antes dicho, hay dos sujetos en la relación jurídica creada por la norma: un sujeto pretensor a quien se le denomina «sujeto activo» y un sujeto obligado al que se le denomina «sujeto pasivo».

En cambio, en las normas morales únicamente se da el sujeto pasivo que es el que tiene el deber de cumplir con el mandato moral, *sin que* pueda concebirse que frente a este obligado o sujeto pasivo pudiera haber un sujeto pretensor o sujeto activo.

La teoría de la bilateralidad corresponde a la posición de otros iusfilósofos contemporáneos. Así, por ejemplo, Del Vecchio dice que la moral se distingue del Derecho por el elemento de «bilateralidad», «alteridad» o «intersubjetividad», dando a estos términos un sentido tal vez equivalente al que enunciamos con el adjetivo «atributivo». Un jurista polaco integrado en la cultura rusa del siglo pasado, Petrazinski, emplea la expresión «imperatividad atributiva». Por otro lado, no podemos olvidar los antecedentes de la doctrina contenidos en los conceptos de «relación» de Aristóteles, de «alteritas» de Santo Tomás, de «exterioridad» desarrollado por Christian Thomasius, en el de «heteronomía» expuesto por Kant o en el del «querer entrelazante» de Stammler, etc. (Reale, 1984, p.54)

Lo anterior nos lleva también a considerar que, como normas jurídicas, además de constituir deberes atribuyen derechos. Por eso a tales normas la técnica las considera como normas «imperativo-atributivas».

Imperativas en cuanto constituyen deberes del obligado y atributivas porque constituyen derechos del sujeto pretensor o sujeto activo, o llamado también «sujeto acreedor» en sentido amplio (*lato sensu*).

Por el contrario, las normas morales son tan sólo imperativas por cuanto únicamente constituyen deberes del obligado faltando el otro elemento de la relación bilateral que se da en las normas jurídicas.

En toda norma jurídica existen de hecho dos juicios:

1. Uno que concede la facultad, y
2. Otro que impone la obligación.

A menudo se entrecruzan ambos juicios para que el sujeto activo sea también sujeto pasivo y viceversa.

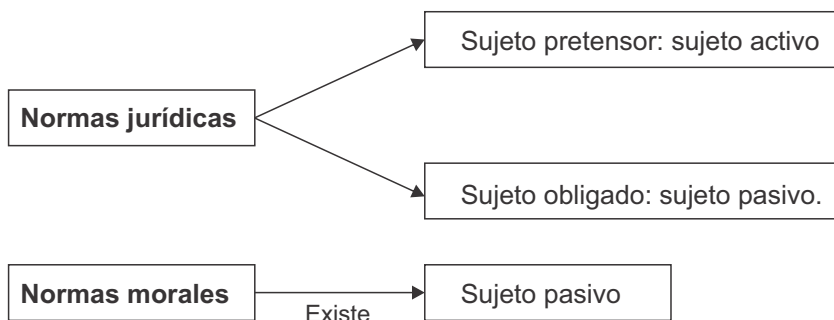
Para comprender esto nada mejor que el ejemplo de la compra venta.

En la compra venta el vendedor tiene la facultad, como activo o pretensor, de exigir del comprador el pago del precio de la compra-venta. El comprador es el sujeto pasivo de la relación jurídica con el vendedor respecto del pago del precio, pero a su vez el propio comprador (que es el sujeto pasivo en cuanto al pago del precio) tiene la facultad de exigir del vendedor la entrega de la cosa, siendo por tanto sujeto activo el que antes fuera sujeto pasivo; y el vendedor (que era sujeto activo en cuanto al pago del precio) se convierte en sujeto pasivo en cuanto a la obligación de entregar la cosa cuyo atributo pertenece al comprador.

Por eso decimos que hay normas jurídicas en las cuales los juicios imperativos-atributivos se entrecruzan para que el sujeto activo sea también pasivo y viceversa.

Lo anterior no tiene otro objeto que demostrar, con los ejemplos dados, que mientras la norma moral es unilateral; las normas jurídicas poseen el signo distinto y predominante de la bilateralidad. (Péniche Francisco, 1997, págs.195-205).

En conclusión:



6.2.2. Interioridad de la moral y exterioridad del Derecho

Notemos que mientras en la norma su cumplimiento debe coincidir con la voluntad del obligado, en la norma jurídica el resultado puede ser ajeno a la voluntad del obligado.

Así, en el ejemplo de la norma de honrar únicamente a los padres, sin la voluntad del obligado no se cumpliría la norma ética porque para ello debe atenderse a la voluntad interior del obligado y no al resultado que tenga el cumplimiento de la obligación moral.

Por el contrario, y sirviéndonos del mismo ejemplo de la norma jurídica que dimos para explicar la bilateralidad, «el que falta al cumplimiento de una obligación es responsable del pago de daños y perjuicios», el obligado en esta norma cumple con ella aun cuando en su fuero interno no tuviera la voluntad de pagar los daños y perjuicios a que se hizo acreedor por no cumplir la obligación principal.

El cumplimiento de la norma moral no solo debe coincidir en lo exterior sino también en lo interior, a diferencia de la norma jurídica cuyo cumplimiento se divorcia de la voluntad interior del obligado.

En las normas morales prevalece como factor predominante del cumplimiento la intención. En las normas jurídicas, por el contrario, el factor predominante no es la intención sino el resultado.

Así poco le importa al sujeto pretensor, o sea al acreedor, que su deudor que no le cumplió la obligación contraída pagara sin su voluntad (de mala gana) los daños y perjuicios con tal de que el incumplidor realizara el pago. En cambio, no sucede lo mismo si quien, aparentado honrar a sus padres, realiza tales actos sin su voluntad. En este caso la norma ética no se cumpliría aun cuando los resultados revelaran lo contrario.

A pesar de lo anterior no debe tomarse esta distinción en términos absolutos; pues la intención es factor predominante en el cumplimiento de las normas éticas, la que debe venir aparejada con el

resultado. Y viceversa, si bien el resultado es factor predominante en las normas jurídicas también influye la intencionalidad. No basta con que el hijo honre a sus padres sin traducirlo en hechos que realicen la intención. En este sentido es válido el refrán que «de buenas intenciones está empedrado el camino del infierno». De la misma manera tampoco es absoluta la segregación de la intencionalidad en las normas jurídicas, y bastaría con contemplar como en el derecho penal la intención delictuosa será agravante en la comisión del delito, o en el derecho civil la buena fe para adquirir la prescripción de bienes que, que por el transcurso del tiempo y habiendo la intención de buena fe, son tomados en cuenta para la aplicación de la norma jurídica de prescripción positiva.

Es preciso observar que la doctrina de la «exterioridad del Derecho» contiene un elemento verdadero en el sentido de que presupone un hecho innegable. El Derecho jamás cuida del hombre considerado aisladamente sino del hombre en cuanto miembro de la comunidad, en sus relaciones «intersubjetivas». Incluso cuando lo que se quiere tutelar es la subjetividad individual. (Reale, 1984, p.59)

Por esto hemos cuidado de asignar a la intención en las normas morales y al resultado en las normas jurídicas, el carácter de factores predominantes que las distinguen a una de otras, pero no de factores absolutos.

Podemos concluir, por lo tanto, que las normas morales llevan el signo característico de la interioridad y las normas jurídicas el de la exterioridad.

6.2.3. Coercibilidad del derecho e incoercibilidad de la moral

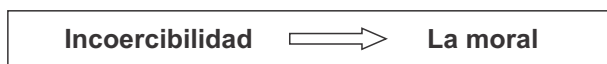
Analicemos otra señal distintiva entre las normas éticas y jurídicas. Valiéndonos del mismo ejemplo, no se puede honrar a los padres si esto no se realiza espontáneamente. Si solo se hiciera para

lograr un premio o por temor al castigo, pero sin la espontaneidad del obligado en el cumplimiento de la norma, se trataría de una infracción al precepto ético.

Al respecto es aplicable la tesis eclesiástica que diferencia la atrición de la contrición. De acuerdo con estos ejemplos los actos morales realizados, no por la norma en sí, sino por el resultado, son, desde el punto de vista kantiano, inmorales, aun aquellos que, hechos o realizados por la íntima satisfacción que produzcan, se realizan con el propósito de lograr un sano placer. Desde este punto de vista, los actos realizados por un San Francisco de Asís de amar al prójimo, a los animales y a los seres animados, que producían en el santo varón un íntimo placer son, para Kant francamente inmorales porque los llevaba a cabo el santo no por la norma misma, sino por el resultado placentero que le producía.

El cumplimiento de la norma jurídica puede ser espontáneo o no espontáneo. Esa posibilidad de cumplimiento no espontáneo de la obligación se denomina coercibilidad del Derecho, independientemente de que la norma tenga o no sanción, pues ya hemos visto que la sanción es un concepto jurídico fundamental, pero no es elemento indispensable de la norma. Aun en el supuesto de que normas jurídicas banales no tengan sanción deben considerarse jurídicas, pues puede darse la coercibilidad entendida como cumplimiento no espontáneo de la obligación, aunque su infracción no sea delito por no tener pena.

En conclusión:



6.2.4. Autonomía de la moral y heteronomía del Derecho

Finalmente, hay que distinguir el último de los atributos de las normas jurídicas que lo diferencia de las normas morales: la heteronomía de las primeras y la autonomía de las segundas.

En efecto, mientras las normas jurídicas son por su naturaleza impuestas al destinatario de la norma, por lo que tienen absoluta pretensión de validez; en las normas morales en el legislador se reúnen las calidades de legislador y de destinatario de la norma.

El comentario sobre la autonomía de la voluntad, originado en la escuela Kantiana, es el que aun en las normas morales no puede concebirse la autonomía de voluntad que preconiza Kant porque, como el mismo filósofo distingue, es preciso advertir de que existen en el sujeto dos voluntades: la voluntad pura y el querer empírico.

Por la voluntad pura el sujeto obra en pro y conforme al deber; pero frente a esta voluntad se yerguen las inclinaciones que tratan de violar los postulados de la conciencia.

En estas condiciones no puede hablarse de «autoleislador» porque si se atiende al querer empírico o inclinaciones del sujeto que, que por el libre albedrío del que goza, está en aptitud plena de obrar conforme al deber o contra el deber, resulta que también en la conducta moral existe dentro del mismo sujeto otra voluntad, distinta y diferente del querer empírico (inclinaciones) que le ordena acatar los mandatos morales de la voluntad pura; y si esta voluntad pura es la que dicta o legisla para el sujeto contrariado por sus naturales inclinaciones estamos en presencia de la heteronomía, otro el factor determinante de la conducta moral, aun cuando éste sea elemento perteneciente al propio sujeto.

En otras palabras habiendo en el sujeto dos voluntades: la pura y la empírica, una de ellas debe estar supeditada o subordinada a la otra. Y tal subordinación desvanece la posibilidad de la total auto-

mía de la voluntad que se ha dado como característica de la norma moral.

Además, se critica el principio de la autonomía de la voluntad. Para ser absoluta esta autonomía debería permitir que el obligado que se da sus propias leyes pudiera revocarlas, pues no se concibe a ningún legislador que pudiendo dar leyes no pudiera derogarlas. (La crítica más severa a la teoría Kantiana de la autonomía de la voluntad la hace Nicolas Hartman en su *Ética*). Tal cosa no es concebible en los principios éticos inmutables y, si no tiene la facultad de desconocer las leyes morales que penden sobre él, no es un auténtico legislador.

La norma individualizada (contratos o tratados) que hemos visto son también normas jurídicas. Y puede producirse el extraño fenómeno de que tales normas escapen al principio de heteronomía que rige a las normas del derecho, junto con la bilateralidad, exterioridad y coercibilidad. Estos son elementos esenciales de la norma jurídica, o sea que sin ellos la norma no sería sino simplemente una norma de conducta.

Al celebrarse los contratos y los tratados por los propios destinatarios de las normas pareciera que se vulnera el principio de heteronomía que consiste en que el legislador es extraño a los destinatarios de la norma.

Pongamos por ejemplo el contrato privado de compraventa que celebran Juan y Pedro. En este caso parece que la norma jurídica en que se convierte el contrato de compra venta no provino de un legislador heterónimo, sino de la propia autonomía de voluntad expresada por los contratantes y que constituyen la norma bajo la cual deben regir su conducta.

Planteado así el problema se antoja que las normas individualizadas no son heterónomas sino autónomas.

El problema es serio porque bastaría esta sola excepción, en esta especie de normas jurídicas, para romper el principio universal de que las normas de derecho o jurídicas son siempre heterónomas y no autónomas.

Sin embargo, creemos que se parte de una mal planteamiento del problema al considerar como legisladores de las normas individualizada a los principios de ella, cuando en realidad lo que sucede es que ante el consenso de voluntades de las partes contratantes el factor extraño, autónomo y distinto de los contratantes emerge de la norma que rige para los contratantes concediendo a uno facultades y a otro deberes.

Al celebrarse el contrato, si bien Juan y Pedro expresan voluntad; sin embargo, se crea una tercera persona distinta de Juan y Pedro, constituida por la unión o consenso de voluntades de uno y otro, que es la que dicta las reglas de conducta jurídica que deben observar derivadas de ese consenso de voluntades, pero distinto de uno y otro individualmente considerados.

Para entender esta figura que podríamos calificar de ficción, y que a nuestro entender es la única que por la cual puede explicarse la heteronomía en las normas individualizadas, pensamos que el ejemplo comparativo se ofrece en la sociedad conyugal respecto de los bienes de los consortes que rigen en los matrimonios celebrados bajo distinto régimen. En efecto, cuando Juan y Juana contraen matrimonio bajo sociedad conyugal, si bien Juan y Juana son socios de la sociedad, sin embargo, se crea un ente o persona jurídica distinta que es la sociedad conyugal Juan-Juana; de la misma manera cuando Juan y Pedro contratan se crea un ente distinto de Juan y Pedro, que es Juan-Pedro, que es el legislador que da las normas para Juan y para Pedro, cada uno de estos autónoma e individualmente considerados; pero la fusión de voluntades de Juan y Pedro constituye un ente heterónimo, distinto de uno y otro, que da las reglas de conducta a los destinatarios individualmente considerados.

En apoyo de la tesis de la autonomía de la voluntad en las normas individualizadas, podría argumentarse que tal autonomía se descubre cuando en los contratos Juan o Pedro pueden renunciar a los derechos que les concede la norma individualizada del contrato y, por ende, son ellos los propios legisladores que pueden derogar, como todo buen legislador, su propia creación.

Aunque aparentemente impresionante, este argumento es engañoso, como creemos poder demostrar. En efecto: si el destinatario de la norma, facultado por ella para el ejercicio de derechos no los ejerce, tal abstinencia no equivale a derogación de la norma; como no constituye derogación de la norma genérica la abstinencia del ejercicio de derechos que la misma concede a los facultados por ella. Es decir: si la norma individualizada concede, por ejemplo, derecho al vendedor para cobrar el precio y no se ejerce, la norma no se ha derogado, simplemente surge la contingencia que hemos visto en el enlace jurídico de ejercicio de la facultad concedida por la norma; exactamente igual a cuando el acreedor a quien la norma genérica concede el derecho de cobrar suerte principal y perjuicios, se abstiene del ejercicio de su derecho, sin que por ello se derogue la norma genérica que establece tales facultades.

Podría replicarse que esto opera ante la abstinencia tácita de no ejercitar las facultades concedidas por la norma individualizada, pero cuando la renuncia es expresa entonces surge la derogación legislativa del propio legislador creador de la norma. También en este aspecto el argumento es engañoso porque si en virtud de un nuevo contrato las partes renunciaran a tales o cuales derechos concedidos por el contrato anterior, o sea, realizaran una novación, tal novación derogatoria en el aspecto «legislativo» sino constituiría una nueva norma creada a través del proceso legislativo, exactamente igual al que hubo cuando la creación del contrato novado. En otras palabras; surgiría nuevamente el legislador heterónimo for-

mado por el consenso de voluntades de las partes, para crear una nueva norma destinada a los contratantes novando la anterior.

Hemos hecho esta exposición porque resultaría grave admitir que las normas individualizadas escapan al principio de heteronomía de las normas jurídicas. Si así fuere se rompería con el principio tradicional que ha adornado esta especie de conductas al grado que, de admitirse esta tesis se llegaría a la conclusión de que los elementos esenciales de las normas jurídicas ya no serían cuatro sino únicamente tres. Al exagerar la facultad autónoma y no heterónoma de las disposiciones jurídicas podría llegarse al extremo de que también las genéricas sean producto de autolegislación por los destinatarios de la norma y, por tanto, expuestas a que en cualquier momento el destinatario concebido como legislador las deje de cumplir por falta de voluntad que rija su conducta, rompiéndose el equilibrio del régimen jurídico de los pueblos que descansa en la idea de que los destinatarios de las normas la deben cumplir les plazca o no les plazca precisamente por no ser expresión de su propia voluntad, sino de la del Estado a través de sus órganos legislativos.

6.3. BREVE HISTORIA ACERCA DE LA DIFERENCIA ENTRE DERECHO Y MORAL

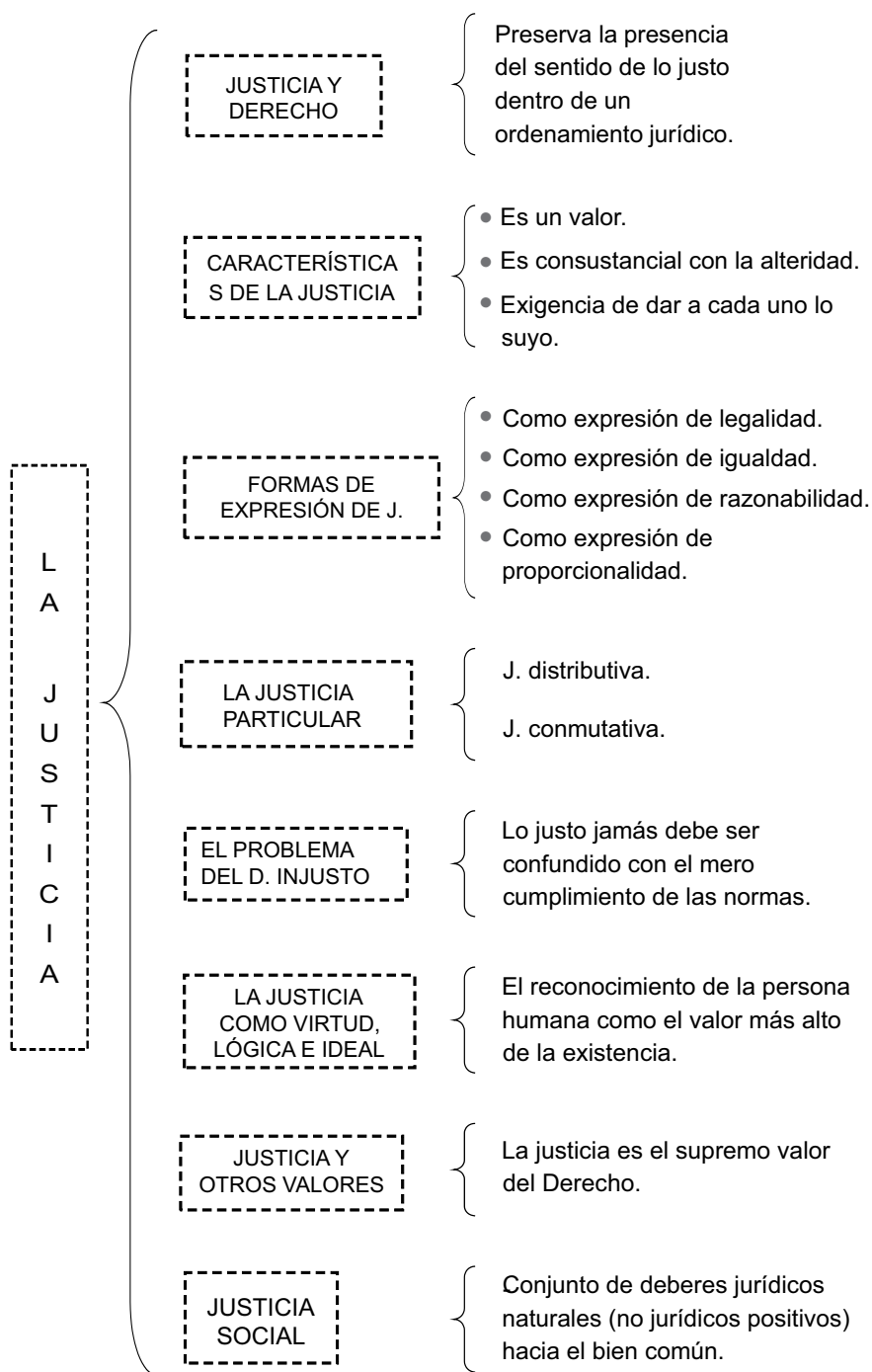
Ya en la más remota antigüedad se intuyó que el Derecho no se confunde con la moral. Desde los presocráticos hasta los estoicos, pasando por Platón y Aristóteles, las relaciones entre la moral y el Derecho han sido enfocadas desde diversos ángulos. Aunque se den coincidencias entre estos autores y los que hemos estudiado antes, no se puede afirmar que, en Grecia, haya existido el propósito deliberado de determinar las notas distintivas del mundo moral y del mundo jurídico. Otro tanto puede decirse de los juristas romanos sobre todo al observar que *non omne quod licet honestum est* o que *cogitationis nerno poenam paitur*. Estas dos afirmaciones demuestran que

los juristas romanos vislumbraron la existencia del problema planteado acerca de la distinción entre Derecho y moral. Este problema, percibido desde la Antigüedad clásica, adquirió, en la Edad Moderna, un sentido más vital y pragmático especialmente después de los conflictos surgidos entre las diversas confesiones religiosas a partir de la Reforma protestante. Se produjeron luchas violentísimas en el mundo europeo con repercusiones también en el continente americano. Los protestantes se dividieron en diversas corrientes, de tal manera que no sólo hubo conflicto entre la Iglesia Católica y los protestantes, sino también entre éstos mismos. Cada jefe de Estado se atribuyó el derecho a intervenir en la vida particular de los ciudadanos, a fin de indagar sus convicciones religiosas: unos querían que sus súbditos fueran católicos, otros que fuesen protestantes. Apareció entonces la necesidad de una delimitación clara de la zona de actuación del poder público, y se buscó a través de la distinción entre el mundo jurídico y el mundo moral y religioso. De esta forma, esta cuestión adquiriría un significado más profundo y urgente, impulsando a una toma de posición acerca del mismo. (Reale, 1984, p. 60)

Creemos que este tema es de gran interés y exhortamos a los estudiosos del Derecho a profundizar en él para así servir mejor a la ciencia jurídica a la que hemos consagrado nuestra devoción.

LA JUSTICIA

CONTENIDO: 7.1. Introducción 7.2. Generalidades
7.3. Justicia y Derecho 7.4. Características de la justicia
7.5. Formas de expresión de la justicia 7.6. La justicia particular
7.7. El problema del Derecho injusto
7.8. La justicia como virtud, como concepto lógico y como ideal
7.9. La justicia y los otros valores del derecho 7.10. La justicia social.



7.1. INTRODUCCIÓN

El valor supremo en el Derecho es la justicia. Se la define, a la manera tomista, como el «hábito por el cual, con perpetua y constante voluntad, es dado a cada uno su derecho». Esta fórmula de «dar a cada uno lo suyo» no debe ser entendida sino como un principio regulador, no necesariamente constitutivo; la justicia se plantea como algo que buscamos y no como «algo» que ya existe.

En la historia ha sido entendida como una virtud, como un concepto lógico y como un ideal. Como virtud suprema y ordenadora de los demás, equivale a la voluntad constante y permanente del hombre de reconocer y otorgar a otro lo suyo; se trata de una «intuición emocional (acerca de lo justo) y de una vivencia de lo valioso que no requieren de una preparación especial, y se diferencia de las demás virtudes por su eminente carácter social. Por tanto, la justicia como manifestación de una virtud suprema es omnicomprendiva, expresión del bien absoluto y aspiración a la perfección individual de cada ser humano.

Como concepto lógico es la relación fundada en la igualdad, proporcionalidad y armonía, la misma que se alcanza a través del ejercicio de la razón.

Como ideal es una permanente aspiración humana hacia el reconocimiento pleno de la persona; revela una meta o un objetivo valioso que se ofrece como modelo y guía para la acción.

La justicia es un valor que subsiste en forma intemporal, ya que pertenece al mundo de lo ideal. La vida de los pueblos hace que el hombre cambie sus conceptos sobre los alcances de este valor, pues paulatinamente se «descubren» sus contenidos de modo progresivo.

En principio, la justicia es una instancia crítica y axiológica del Derecho; un estado hacia el cual está orientada la ley como aproximación. Esta búsqueda de plasmación de igualdad y proporcionali-

dad es un proceso dinámico que tiene lugar en un espacio y un tiempo determinado.

La justicia implica una conjunción de deberes morales y jurídicos; más aún, el cumplimiento de los deberes morales aparece siempre como una demostración palpable de la rectitud de los actos humanos, en tanto que el cumplimiento de los deberes jurídicos puede ser la manifestación de un comportamiento injusto o incorrecto. En ese sentido, la moral es un camino natural hacia la justicia.

La realización de la justicia en la vida comunitaria trasciende al ámbito de la moral individual, ya que como expresión integral de virtud suprema, concepto lógico e ideal constante, deviene en el paradigma de todo organismo de interacción social.

La justicia es uno de los principios fundamentales del Derecho, forma parte de las distintas manifestaciones del Derecho y es usada como principal fuente de inspiración de los sistemas y ordenamientos jurídicos.

7.2. GENERALIDADES

A pesar de estar en los confines de América Latina, somos griegos. Nuestros ordenamientos jurídicos, nuestras doctrinas morales y éticas, nuestras justificaciones del orden político y económico, están basadas en las visiones de los griegos. Desde los tiempos homéricos ya se puede percibir la idea de justicia elaborada según una triada formada por el orden cósmico-divino que originaba principios y normas de conducta de un poder que traducía o no esas normas, y las personas que deberían seguir esos principios y normas. En las épocas en que el poder se estabiliza, se tornaba en el traductor legítimo de ese orden cósmico.

El profesor sanmarquino Torres Vásquez menciona que para Platón la justicia es una virtud superior y ordenadora de las demás

virtudes, que establece entre ellas una relación armónica. Aristóteles dice que lo justo es lo igual, y puesto que lo igual es un medio, la justicia será el justo medio.

Por otro lado, Ulpiano refiere que la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo.

San Ambrosio dice que la justicia es la madre fecunda de las demás virtudes.

Para San Agustín, Dios es la fuente de toda justicia expresada en los mandamientos.

Santo Tomás manifiesta que la justicia es el hábito por el cual, con perpetua y constante voluntad, es dado a cada persona su derecho.

Los juristas romanos –ellos transformaron el conocimiento del Derecho en arte– definieron la justicia como dar a cada uno lo suyo, o también dar a cada uno su Derecho. Para las mentes de la era antigua, justicia semejaría entonces a una virtud; en algunos esquemas de pensamiento, era la más alta, el bien supremo, del cual otras virtudes eran sólo aspectos. En la actualidad creemos que se emplea en un sentido menos indefinido.

En el criterio de Stammler, la justicia es una idea de armonía permanente y absoluta de la conducta social.

Radbruch sostiene que la justicia, al igual que lo bueno, lo verdadero y lo bello, es un valor absoluto; determina la relación de igualdad o desigualdad en el trato humano.

Carlos Cossío concibe a la justicia como una virtud totalizadora y armonizadora de todas las demás virtudes.

Conforme a Werner Goldschmidt, el principio supremo de la justicia consiste en asegurar a cada cual un espacio de libertad en donde pueda desenvolver su personalidad y transformarse de hombre a persona. Agrega que la justicia es el reparto de todos los bienes

y males entre todos los hombres por personas autorizadas y de acuerdo con reglas derivadas de la razón, y concluye diciendo que la justicia es la más expresiva e impresionante, la más grandiosa y específica manifestación de la moral sobre la tierra.

Por otro lado, C. H. Perelman indica que la «Justicia es el lema puesto en la bandera de los fines que perseguimos y que cada uno la define de acuerdo con su escala de valores y con la noción de justicia que nos coloca en el lado de lo correcto en oposición a lo incorrecto». Al hacerlo, la convicción puede ser sincera, pero entonces es «fácil creer en las ilusiones que provocan las emociones, estimulando las glándulas suprarrenales».

La justicia es –según Perelman– una cualidad que se considera deseable. Todos la clamamos y cuando lo hacemos, sabemos lo que queremos. Ésta puede ser etiquetada como los fines de nuestros deseos, siendo así nada más que una queja.

- **Aspectos de la justicia**

Según Torres, A. (2011) la justicia presenta tres aspectos.

EN SU SENTIDO SUBJETIVO

La justicia como virtud moral es la virtud suprema. Omnicompreensiva, la expresión del bien absoluto, la santidad, la perfección individual del ser humano. En este sentido se ha definido como «el hábito del alma, observado en el interés común, que da a cada cual su dignidad».

EN SU SENTIDO OBJETIVO

La justicia es simplemente el ajuste de las relaciones sociales con el ordenamiento jurídico.

La justicia consiste en dar a cada uno lo que le corresponde, conforme a las condiciones impuestas, no por la voluntad del agente, sino por el derecho.

EN SU ASPECTO SOCIAL

La justicia es un sentimiento que cada uno lleva consigo en cada lugar y en cada época sobre cómo deben ser los actos humanos y el Derecho.

7.3. JUSTICIA Y DERECHO

Dado que, como señala Mario I. Álvarez (1972), «el derecho no debe ser justo para ser derecho, pero sí debe o debería serlo para gozar de plena validez moral o fuerza obligatoria», la importancia de la justicia radica, entre otras razones, en la legitimidad que «concede» al Estado para hacer uso de la coerción a fin de conseguir el acatamiento de las normas que dicta.

La conciliación armoniosa entre la justicia y el Derecho hace que la obligatoriedad de las normas jurídicas de una comunidad política plantee la preservación y consumación de una valor que le da sentido racional y ético a las reglas de convivencia. El sentido de lo justo dentro de un ordenamiento jurídico robustece enormemente la eficacia y eficiencia de éste.

«Por otro lado, la noción de justicia inserta en un ordenamiento jurídico, se encuentra afectada por el fenómeno espacio-temporal; la historia, la cultura y el hábitat comunitario transforman permanentemente el sentido de lo justo y lo injusto». Empero, como señala José León Barandiarán, la justicia en cierto modo excede al derecho y éste también la excede en cierta medida; esto se comprueba cuando calificamos determinados hechos como justos o injustos, lo que implica un sentir o un intuir que apunta a una consideración moral antes que a una subsunción lógica de carácter estrictamente legal.

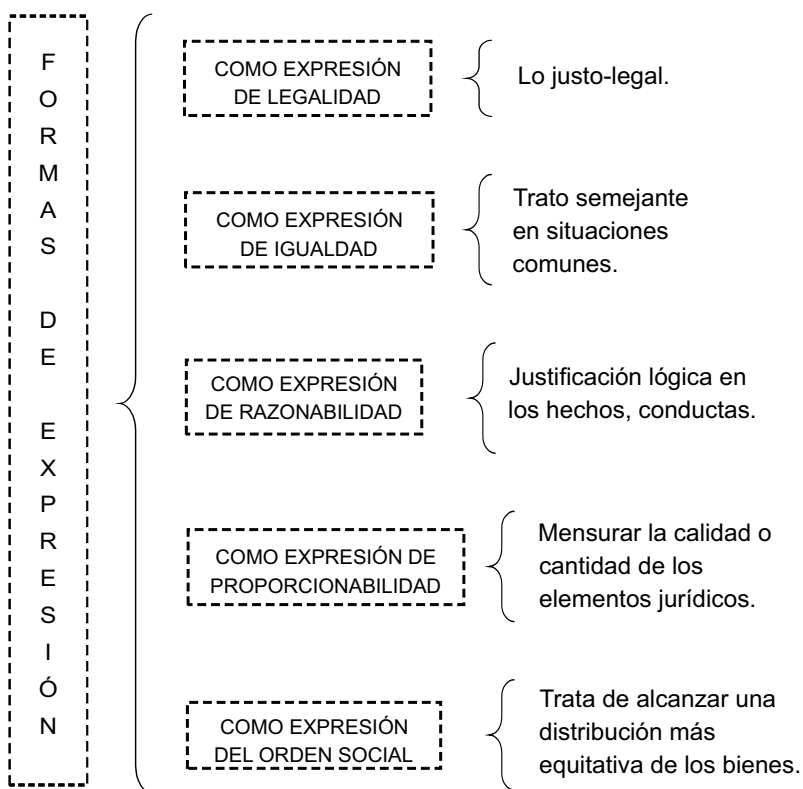
La función original del Derecho en cualquier grupo humano consiste en facilitar una convivencia que garantice la satisfacción de ciertas necesidades, lo cual solo es posible en medio de una relación social ordenada y pacífica, regulada y asegurada por ciertas reglas que la hagan realidad.

7.4. CARACTERÍSTICAS DE LA JUSTICIA

Entre éstas pueden mencionarse las tres siguientes:

- Es un valor o medida a la que deben ajustarse los actos humanos.
- Es consustancial con la alteridad, es decir, lo ejecutado por uno se dirige hacia otro.
- Es una exigencia permanente de dar a cada uno lo suyo, es decir, lo que le corresponde, de conformidad con el principio de tratar en forma igual los casos iguales y en forma desigual los desiguales.

7.5. FORMAS DE EXPRESIÓN DE LA JUSTICIA



El valor se expresa formalmente de cinco maneras:

- a) **Como expresión de legalidad:** Lo justo-legal no se encuentra referido a lo acertado de ley, sino a la necesidad de hacerla cumplir. Implica la genérica adecuación de los comportamientos humanos en torno a una disposición legal.
- b) **Como expresión de igualdad:** Lo justo-igual implica trato semejante en situaciones comunes.
- c) **Como expresión de razonabilidad:** Lo justo implica mantener justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos.
- d) **Como expresión de proporcionalidad:** La justicia implica mensurar la calidad o cantidad de los elementos jurídicos relevantes de manera comparativa, a efectos que no se produzca una desproporción de significación, cuantía o volumen.
- e) **Como expresión de orden social:** La justicia social trata de alcanzar una distribución más equitativa de los bienes y rentas. Busca lograr una regulación más razonable entre el capital y el trabajo y generar condiciones de vida compatibles con la dignidad humana.

7.6. LA JUSTICIA PARTICULAR

Es aquella que atiende a los individuos en sus relaciones recíprocas. Esta modalidad permite delimitar y armonizar los intereses de cada persona en la vida de la comunidad, promoviendo la conveniente y deseable para cada individuo en su relación con un congénere, sin que esto sea óbice para la plasmación del bien común.

Para contribuir con la explicación, Torres (2011) afirma que:

La justicia particular delimita y armoniza los intereses individuales en la vida social de la comunidad o regula las relaciones de los individuos entre sí y las de la sociedad con ellos. Busca el bien de los individuos sin perjuicio de lograr el bien común. Su necesidad deriva de la necesidad de mantener el orden social. La justicia particular puede ser conmutativa o distributiva. (pág.643).

La justicia particular tiene dos modalidades, a saber:

- a. **La justicia distributiva** es aquella que el Estado debe a los miembros de la comunidad.

Expresa Derqui (s.f):

La justicia distributiva es aquella manifestación de la virtud de la justicia que se ejerce en el reparto de bienes y cargas o funciones entre los miembros de una comunidad. La justicia distributiva se predica no sólo del gobernante de la comunidad política, sino también de todo aquél que tenga que administrar y repartir bienes que son comunes. Cualquier persona que tenga a su cargo una comunidad desde el presidente de una república, pasando por el administrador de una sociedad mercantil, hasta una madre de familia o el director de un club deportivo ha de vivir la justicia distributiva en la medida en que ha de repartir bienes, cargas, tareas y funciones que son comunes. La colectividad, por tanto, no es nombre adecuado para calificar al sujeto que vive la justicia distributiva. Y, por su parte, Santo Tomás añade que, en cierta manera, también los que reciben los bienes o cargas del reparto justo viven la justicia distributiva en la medida en que están conformes con el reparto efectuado. En muchas ocasiones, la justicia de la decisión de repartir o no repartir y el fin que se persiga con ese reparto, se medirá teniendo en cuenta el bien común alcanzable en una determinada comunidad, y por lo tanto, será un criterio relativo a las circunstancias concretas: las necesidades

de la población, los bienes disponibles, los proyectos políticos a medio y largo plazo. (p.14)

- b. La justicia conmutativa**, es aquella que los particulares se deben mutuamente.

La justicia correctiva es aquella que se origina por el quebrantamiento de algunas de las dos modalidades de justicia antes enunciadas.

Manifiesta Derqui (s.f):

La justicia conmutativa es aquella manifestación de la virtud de la justicia particular que se genera como consecuencia del intercambio de bienes, o por la lesión o apoderamiento de los bienes del otro La diferencia específica de la justicia conmutativa es que la deuda está vinculada a una conmutación, ya sea voluntaria, como es el caso de los contratos, o ya sea involuntaria, como es el caso de la lesión o sustracción de un bien ajeno (en cuyo caso la conmutación en que consiste la reparación o restitución es impuesta por el juez).¹ La fuente más común de obligaciones de justicia conmutativa es el contrato o acuerdo de voluntades por el que una o varias personas se obligan con otra u otras a la entrega de una cosa o a la prestación de un servicio. Desde el momento del acuerdo y en la medida en que no compromete a ejecución de acciones inmorales, surge la obligación de la justicia de realizar el servicio o entregar la cosa en el momento y forma convenidos. (p.12)

7.7. EL PROBLEMA DEL DERECHO INJUSTO

Lo justo jamás debe ser confundido con el mero cumplimiento de las normas, pues éstas –por distintas razones– pueden generar consecuencias jurídicas opuestas en sí mismas al valor justicia: si no se cuestiona éticamente el Derecho, se resultará apoyando la despreciable fórmula Derecho-fuerza.

No obstante, en determinadas circunstancias, en aras de proporcionar seguridad jurídica, el Estado se verá en la necesidad de aceptar criterios «no justos» como la prescripción adquisitiva o extintiva, la cosa juzgada o la presunción del conocimiento de las leyes.

La justicia es muchas veces una aspiración no realizable plenamente, pero ello no le quita la importancia que tiene en el seno de la sociedad, pues representa un conjunto de condiciones que aseguran que cada uno tenga, dé o reciba lo que corresponde. En eso se asemeja a la estrella polar, inalcanzable por medios humanos, pero guía útil del navegante en su travesía.

7.8. LA JUSTICIA COMO VIRTUD, COMO CONCEPTO LÓGICO Y COMO IDEAL

La elaboración histórica de la noción de justicia revela que ésta ha sido concebido como una virtud, como un concepto lógico y como un ideal.

La justicia como virtud –suprema y ordenadora de las otras– equivale a un hábito, voluntad constante del hombre justo, de reconocer y otorgar a otro lo suyo. Como concepto lógico es una relación fundada en la igualdad, en la proporcionalidad. Como ideal representa esa permanente aspiración humana hacia el reconocimiento pleno del valor de la persona. La virtud de la justicia es una disposición de la voluntad que la lleva a reconocer el derecho de los demás hombres. Es justo el hombre que por libre determinación se dirige perpetua y constantemente a respetar y a dar a los otros lo suyo; a realizar el bien que le impone la virtud de la justicia.

Pero mientras las otras virtudes tienen como término al propio sujeto que la realiza, la justicia encierra una nota que la diferencia de ellas; su sentido social, se dirige a otra persona. Por esta razón abarca otras virtudes: el respeto, la gratuidad, la veracidad, la liberalidad.

El hombre respetuoso, el grato, el veraz, el liberal, el amable, que da a los otros lo que les corresponde –respeto, gratitud, franqueza, ayuda gentileza– es un hombre justo.

El concepto lógico de justicia expresa una relación porque implica la existencia de dos sujetos. No puede pensarse en un acto justo sin tener en cuenta un sujeto que lo realiza y otro que lo recibe. La justicia es un ideal inspirador del Derecho. Este ideal nace de uno de los más hondos e innegables sentimientos humanos –sentimientos de justicia–, que encierra un anhelo permanente de superación. Ese mismo ideal es para el jurista un empeño constante para dar a la justicia un contenido cada vez más logrado.

Si esas son las raíces del «ideal de justicia» cabe interrogarse por su finalidad. Esta no puede ser otra que el reconocimiento de la persona humana como el valor más alto de la existencia.

7.9. LA JUSTICIA Y LOS OTROS VALORES DEL DERECHO

La justicia es el supremo valor del Derecho y por tal razón no constituye un fin propiamente tal de éste a la manera del bien común o de la seguridad. A menudo se confunde los valores con los fines, pero entre ellos existen diferencias.

Los valores son cualidades, jamás se llega a ellos, y «fuentes de sentido» para la existencia humana a la que ofrecen sólo un futuro indeterminado.

Los fines son puntos de llegada, pueden ser realizados, superados o abandonados, originando, de ese modo, un estado o una situación determinable en el tiempo.

7.10. LA JUSTICIA SOCIAL

Es, en sentido amplio, el conjunto de deberes jurídicos-naturales (no jurídicos positivos) hacia el bien común, y en sentido estricto regula la relación de los grupos sociales.

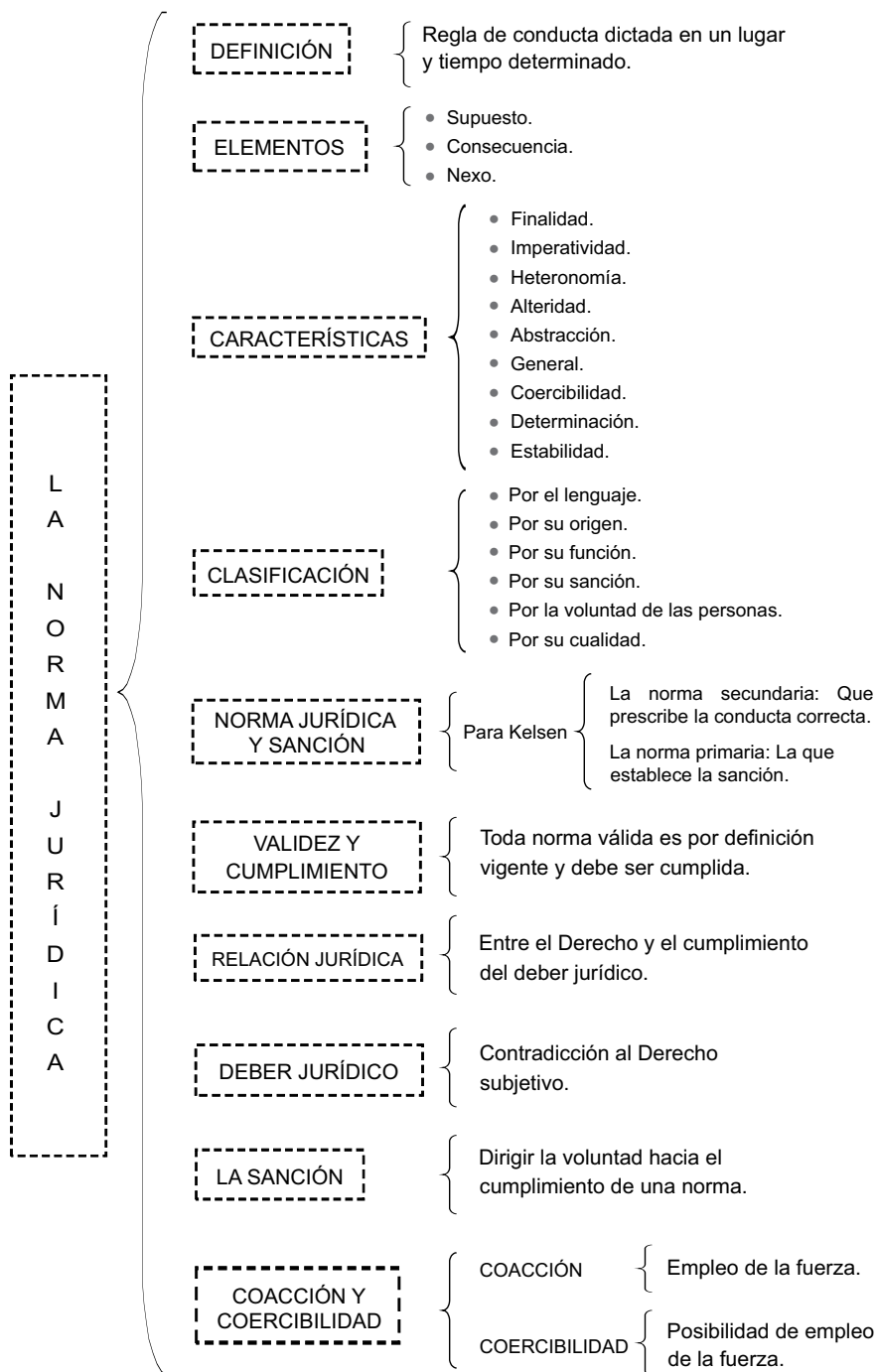
Desde principios del siglo XX, especialmente por influjo de la doctrina cristiana y de corrientes socialistas, se difundió la expresión «justicia social» para designar aquellas manifestaciones de la justicia que satisfacen el igual derecho de todos los hombres a participar en los bienes de la naturaleza y de la cultura. En el fondo, la justicia social, más que una categoría que haya que añadir a la justicia conmutativa, distributiva y legal, es como una categoría transversal que perfecciona la naturaleza social que por definición tiene toda justicia. La dimensión naturalmente solidaria que tiene la existencia humana es el correlato de las desigualdades de salud, conocimiento, posibilidades materiales... que afectan no sólo a personas singulares sino a pueblos enteros.

Estas necesidades son una llamada a una justa distribución de los bienes entre todos los hombres de la tierra; a una conmutación que tenga en cuenta no sólo el valor material de las prestaciones y contraprestaciones, sino también las condiciones materiales del trabajador y de su familia; y, en fin, a una contribución al bien común que no mire sólo al disfrute personal de los bienes comunes, sino también a las necesidades de los demás. (Derqui, S.F)

Para que exista derecho en la sociedad es importante que esta sea respetada con respecto a su naturaleza, basándose en los principios que tiene y emite, basándose en las normas jurídicas que establece y en las normas jurídicas que obligan de manera directa o indirecta deben ser cumplidas a cabalidad ya que al existir el derecho nace con ello la justicia y con esto dar a cada quien lo que le corresponde por derecho y justicia y de esa manera que la justicia no sea confundida como otro tipo de aspecto distinto a lo antes mencionado.

LA NORMA JURÍDICA

CONTENIDO: 8.1. Definición 8.2. Elementos
8.3. Características de la norma jurídica
8.4. Clasificación de las normas jurídicas 8.5. Fin de la norma jurídica 8.6. La norma jurídica y sanción
8.7. Validez y cumplimiento de la norma jurídica
8.8. La relación jurídica 8.9. El deber jurídico
8.10. La sanción 8.10.1. Definición
8.10.2. La sanción como elemento 8.10.3. Clasificación
8.11. La Coacción y la coercibilidad del Derecho.



8.1. DEFINICIÓN

«Según el carácter lógico-jurídico, la norma jurídica es un mandato de que a cierto supuesto debe seguir lógico-jurídicamente una consecuencia, estando tal mandato respaldado por la fuerza del Estado para el caso de su eventual incumplimiento» (Rubio Marcial, 1993).

La norma jurídica supone que el Estado compromete su fuerza detrás de cada una de ellas, a fin de garantizar que, en caso de incumplimiento, sus organismos y recursos la harán cumplir. Este elemento permite diferenciar al Derecho de otros sistemas normativos coexistentes con él en las sociedades. PP

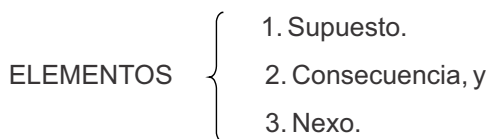
«La norma jurídica es aquella regla de conducta dictada en un tiempo y lugar determinado y que, con vocación de plasmar fines y valores de naturaleza jurídica, señala la obligación de hacer o no hacer algo u otorgar la facultad de decidir sobre ello» (García, 2007 p.187).

La norma jurídica se puede imponer por la fuerza, la sanción es segura. Tiene como fin la justicia y es igual para todos. En Chile, la norma jurídica debe estar escrita, ser conocida. Las normas jurídicas constan de estatalidad, es decir, las hace el estado. También existen otro tipo de normas, normas morales, sociales, religiosas, etc, a las normas jurídicas, sólo le importan las relaciones jurídicas y los hechos jurídicos anteriormente explicados. (Torres, 1999, p.01)

En resumen, la norma jurídica es el precepto encargado de regular la conducta del hombre dentro de la sociedad en un tiempo y espacio determinado.

8.2. ELEMENTOS

La norma jurídica tiene tres elementos que la conforman:



1. Supuesto: aquella hipótesis que, de ocurrir, desencadena la consecuencia.
2. Consecuencia: el efecto atribuido por el Derecho a la verificación del supuesto en la realidad.
3. Nexo lógico - jurídico: el elemento lógico vinculante entre el supuesto y la consecuencia.



8.3. CARACTERÍSTICAS DE LA NORMA JURÍDICA

Según Torres (1999)

- Finalidad orden público, paz social, justicia.
- Imperatividad expresa una orden o un mandato y no un ruego o una sugerencia. Si no se cumple se aplica la fuerza. Hay normas donde esta imperatividad es un poco dudosa, como en las normas permisivas, interpretativas, derogatorias y declarativas. Esto es porque en sí mismas no son imperativas, sin embargo son normas jurídicas porque se tornan imperativas al relacionarse con las otras normas.
- Heteronomía o exterioridad. Las normas jurídicas no se cumplen o no son, por una propia voluntad del destinatario, sino que por la imposición de una voluntad exterior.
- Alteridad o bilateralidad. La norma jurídica rige el comportamiento de un sujeto en su relación con otros, por eso que las normas jurídicas crean deberes y derechos.

- **Abstracción.** Las normas jurídicas no prevén casos concretos, sino que situaciones tipo. Si el caso concreto cae dentro de la descripción de la norma se aplican las sanciones o efectos correspondientes.
- **General.** Se dirige a todos los individuos que encajan en la hipótesis abstracta que regula la norma. Esta igualdad es consecuencia de un principio rector que es el de la igualdad de las personas ante la ley.
- **Coercibilidad.** Las normas jurídicas admiten la posibilidad de cumplimiento forzoso cuando es necesario y factible.
- **Determinación.** La norma jurídica tiene un contenido fijo, cierto y reconocible, bajo cualquier duda el juez está para zanjar cualquier problema.
- **Estatalidad.** Está características se le da a la norma jurídica por dos razones. Primero, porque el Estado crea y reconoce las normas jurídicas como iguales para todos. Segundo, porque el Estado garantiza la observancia de las normas y del estado de derecho.

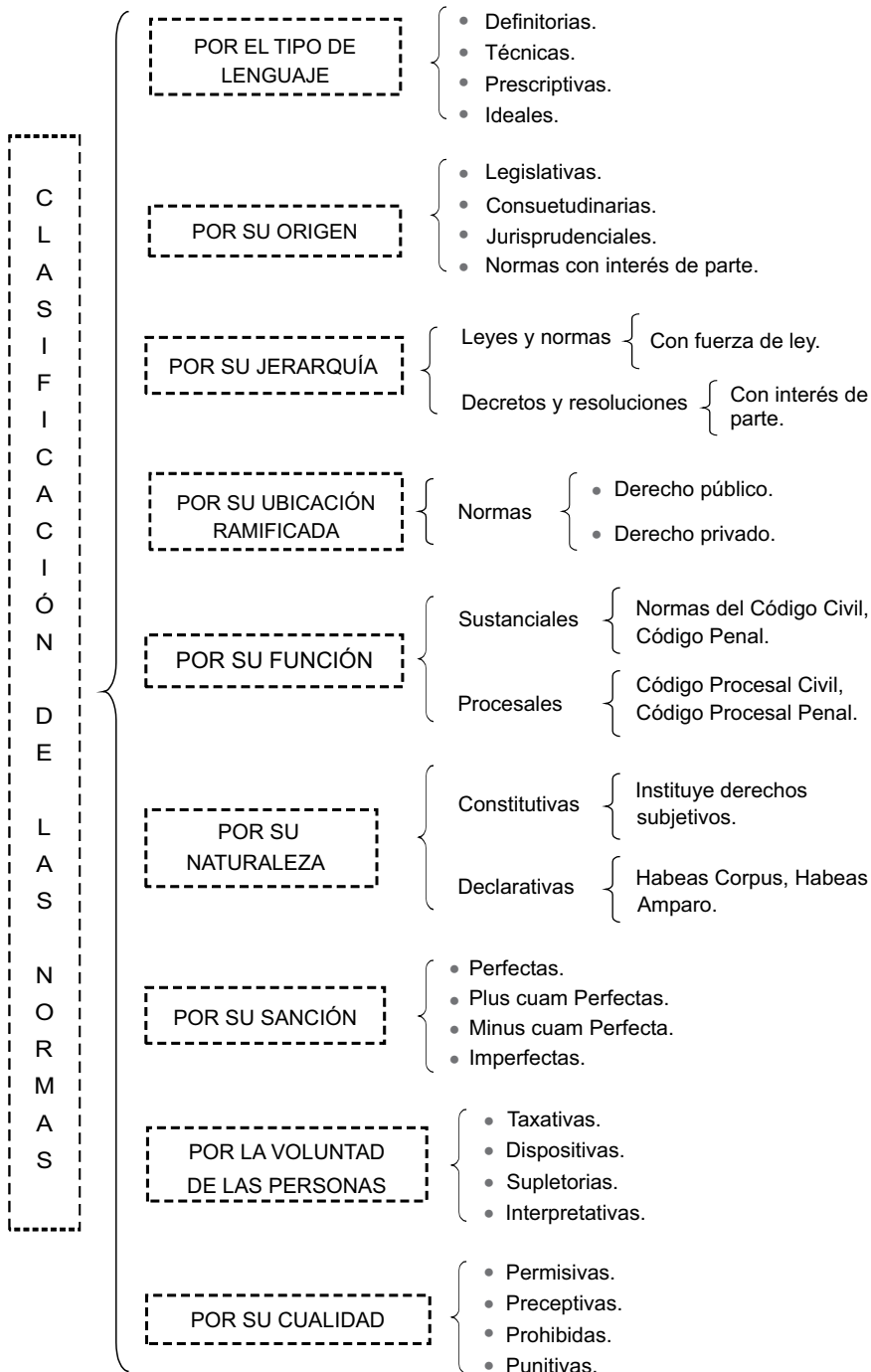
8.4. CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Según Víctor García Toma, las normas jurídicas se clasifican en:

a) Por el tipo de lenguaje

Este criterio las clasifica en:

- ◆ **Definitorias:** Las normas que determinan los requisitos y el modo de alcanzar un derecho o desarrollar una actividad: Por ejemplo, la Constitución, donde se establecen los requisitos para alcanzar y gozar del estatus de ciudadano.



- ◆ **Técnicas:** son las que indican los medios para alcanzar un tipo de configuración jurídica; por ejemplo, lo previsto en el abrogado artículo 196 de la Constitución de 1979, donde se establecía la fórmula de redacción de las leyes que dictaba el Congreso de la República.
- ◆ **Prescriptivas:** son aquellas que directa y expresamente se dirigen a influenciar en la conducta de las personas en sus relaciones coexistentiales; por ejemplo, el artículo 529 del Código Civil, donde se señala la obligación del tutor de administrar los bienes del menor con la diligencia ordinaria.
- ◆ **Ideales:** formulan un paradigma a seguir, por ejemplo, el artículo 18 de la Constitución, donde se establece que la educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística, y la investigación científica y tecnológica.

b) Por su origen

Este criterio las clasifica en:

- ◆ **Legislativas:** Son las que provienen de los órganos del Estado con competencias legislativas (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Municipios, etc.).
- ◆ **Consuetudinarias:** provienen de la sociedad y han encontrado respaldo estatal (costumbres jurídicas).
- ◆ **Jurisprudenciales:** Son aquellas que emanan de los órganos estatales encargados de administrar justicia, y surgen para cubrir las lagunas legales del ordenamiento jurídico.
- ◆ **Normas con interés de parte:** Son aquellas que, dentro del marco establecido en el ordenamiento jurídico, surgen de la propia capacidad autodeterminativa de las personas (contratos).

c) Por su jerarquía

Este criterio clasifica a las normas jurídicas en normas constitucionales y normas con fuerza constitucional; las leyes y normas con fuerza de ley; decretos, resoluciones; y normas con interés de parte.

d) Por su ubicación ramificada

Aquí las normas jurídicas se clasifican en normas de derecho público, de derecho privado.

e) Por su función

Este criterio concibe a las normas:

- ◆ **Sustanciales:** instituyen derechos y deberes para los sujetos vinculados a través de una relación jurídica; por ejemplo, las normas del Código Civil, Código Penal, etc.
- ◆ **Procesales** o adjetivas son las que regulan el desarrollo de los procesos judiciales o administrativos, por ejemplo las del Código Procesal Civil, Código Procesal Penal, etc.

f) Por su naturaleza

Por este criterio se dividen en:

- ◆ **Constitutivas:** aquellas que instituyen derechos subjetivos o deberes jurídicos, como las establecidas en la parte dogmática de la Constitución.
- ◆ **Declarativas:** las que explican el sentido de las normas constitutivas, como las que están en los incisos del artículo 200 de la Constitución, donde se aclara el carácter de las acciones de garantía (habeas corpus, amparo, etc.).

g) Por su sanción

Según este criterio se dividen en:

- ◆ **Perfectas:** Sancionan su infracción con la nulidad del acto violatorio, por ejemplo, el artículo 274 del Código Civil establece que es nulo el matrimonio del enfermo mental – aun cuando la enfermedad se manifestase después de celebrado el acto. Así cuando el sordomudo, ciegosordo y ciegomudo no supiesen expresar su voluntad de manera indubitable.
- ◆ **Plus quam perfectas** sancionan su infracción con el castigo y la indemnización; por ejemplo, el artículo 1428 del Código Civil establece que en los contratos con prestaciones recíprocas, la parte que incumple con su obligación motiva que el contrato se resuelva a petición de la otra y que ésta pueda solicitarle el pago de una indemnización por daños y perjuicios.
- ◆ **Minus quam perfectas:** sancionan su infracción con la aplicación de una medida punitiva, aunque aceptan la eficacia del acto violatorio; por ejemplo, el artículo 106 del Código Penal no puede hacer más que reprimir el delito de homicidio con pena privativa de la libertad.
- ◆ **Imperfectas:** no presentan en su contenido la posibilidad de medida punitiva alguna; por ejemplo el artículo 1943 del Código Civil señala que el juego y la apuesta reñidos con la ley otorgan acción para reclamar por su resultado.

h) Por la voluntad de las personas

Este criterio clasifica a las normas en:

- ◆ **Taxativas:** Son aquellas que ordenan por sobre la voluntad de los sujetos de la relación jurídica; el Estado las impone y las hace respetar inexorablemente; por ejemplo el inciso 1 del artículo 687 del Código Civil señala, en principio, que los menores de edad no pueden otorgar testamento.

- ◆ **Dispositivas:** son las que operan sólo cuando existen manifestación de voluntad o cuando ésta es expresada sin claridad; el Estado las hace valer sólo por defecto u omisión de las expresiones de voluntad de los sujetos. Estas normas pueden ser a su vez:

b.1. Supletorias: se caracterizan por la facultad que tienen las personas para, en función de sus intereses específicos, no aplicarlas, reconociéndoles a los sujetos la atribución de regularse con pleno albedrío en sus relaciones coexistentes. Un ejemplo es el artículo 1364 del código civil, que señala que los gastos y tributos que origina la celebración de un contrato se dividen proporcionalmente entre las partes, salvo pacto en contrario entre los propios interesados.

b.2. Interpretativas: Se caracterizan porque determinan el sentido de la voluntad de las personas que intervienen en un negocio jurídico; por ejemplo, el artículo 1387 del Código Civil señala que la muerte o incapacidad sobreviviente del destinatario de una oferta determina la caducidad de ésta.

i) Por su cualidad

Se clasifican en:

- ◆ **Permisivas:** Se caracterizan porque otorgan a la persona la facultad de hacer o no hacer algo; señalan una esfera de libertad para la actividad del sujeto. Por ejemplo, el inciso a del apartado 24 del artículo de la Constitución señala que todo aquello que no está prohibido está permitido.
- ◆ **Preceptivas:** Son las que mandan hacer algo, es decir, predisponen una determinada conducta. Por ejemplo, el artículo 38 de la Constitución establece que respetar, cum-

plir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la nación es un deber ciudadano.

- ◆ **Prohibitivas:** Son las que impiden la ejecución de una determinada conducta; por ejemplo, el inciso 9 del artículo 139 de la Constitución señala que es un principio y derecho de la función jurisdiccional la inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.
- ◆ **Punitivas:** Se caracterizan por plantear sanciones para sus infractores, así, el artículo 149 del Código Penal señala que quien omite la obligación de la prestación alimentaria será reprimido con pena privativa de la libertad o con la prestación de un servicio comunitario.

Máynes (como se citó en López, 2012) manifiesta QUE las clasificaciones adquieren valor únicamente cuando responden a exigencias de orden práctico o necesidades sistemáticas. Es así que las normas del Derecho pueden agruparse conforme a los siguientes criterios:

El punto de vista de su fuente

Los preceptos del Derecho pueden ser formulados por órganos especiales, tal como sucede con el poder legislativo, a través de un proceso regulado formalmente, y reciben el nombre de leyes o normas de Derecho escrito; a los que derivan de la costumbre se les denomina de Derecho consuetudinario o no escrito; a los que provienen de la actividad de determinados tribunales, como es el caso de la Corte Suprema, se les denomina Derecho jurisprudencial.

De su ámbito espacial de validez

En este contexto, Kelsen indica que la validez de las normas jurídicas puede apreciarse desde cuatro puntos de vista: a) espacial, b) temporal, c) material y d) personal.

- En lo que toca al ámbito espacial de validez, implica que solo pueden aplicarse en un determinado espacio territorial.
- El ámbito temporal consiste en que las normas jurídicas solo tienen aplicación dentro de un determinado tiempo y ya no una vez que han sido derogadas o abrogadas.
- El ámbito material hace referencia a que las normas jurídicas contienen una determinada materia que regular, esto es, dependiendo de la materia que traten es la que van a determinar una serie de preceptos legales, según sea el caso: materia laboral, penal, civil, mercantil, propiedad intelectual, etc. Esta clasificación tiene su fundamento en la división del derecho objetivo en una serie de ramas, las cuales pueden ser de orden público o privado.
- El ámbito personal conlleva que la norma jurídica no va dirigida a todas las personas, sino a ciertos individuos que reúnen determinadas características: los creadores o inventores, los patrones y trabajadores, los menores de edad, etc. Es decir, son normas individualizadas que obligan o facultan a uno o varios miembros de la misma clase, individualmente determinados.

8.5. FIN DE LA NORMA JURÍDICA

Las normas jurídicas tienen como finalidad el establecimiento de una sociedad que se desenvuelva en paz y con justicia. En este sentido decimos que la norma jurídica es pragmática, se propone alcanzar un fin: la paz social con justicia. El fin del derecho no es libre sino de obligatorio cumplimiento. (Torres, 2011, p.198)

8.6. LA NORMA JURÍDICA Y SANCIÓN

Para Kelsen, la norma jurídica cuenta con dos elementos:

1. La norma secundaria que prescribe la conducta correcta.
2. La norma primaria que establece la sanción.

En esta definición Kelsiana la norma jurídica raramente estaría contenida en un solo artículo legislativo y, más bien, por regla general se hallaría completa solo encadenado dos o más artículos. El ejemplo sería:

«La norma secundaria sobre el derecho a la vida estaría contenida en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución: Toda persona tiene derecho (...) a la vida». En tanto la «norma primaria estaría entre otros casos, en nuestro artículo 106º del Código Penal que sanciona al homicidio».

8.7. VALIDEZ Y CUMPLIMIENTO DE LA NORMA JURÍDICA

La norma vigente es aquella que ha sido producida de acuerdo a Derecho, que ha cumplido con todos los requisitos de trámite necesarios y que, por lo tanto, en principio, debe regir y ser obedecida.

La norma válida es aquella que en adición a estar vigente, cumple con los requisitos de no incompatibilidad con otros de rango superior tanto en forma como de fondo. En consecuencia, toda norma válida es por definición vigente; pero no necesariamente toda norma vigente es válida y, por tanto, puede ocurrir que no deba ser aplicada en obediencia al mandato del artículo 51 y 138 de la Constitución.

En cuanto a su cumplimiento, en definitiva, salvo excepciones expresamente consideradas por el derecho, los principios generales son que las normas jurídicas se cumplen voluntariamente y que, en caso contrario, se debe recurrir al auxilio de la fuerza del aparato estatal de acuerdo a los procedimientos establecidos.

8.8. LA RELACIÓN JURÍDICA

«Es un vínculo entre personas, una de las cuales está en el derecho de exigir de la otra el cumplimiento de un deber jurídico» (Pasquier, 1983).

8.9. EL DEBER JURÍDICO

Es la contraparte del derecho subjetivo, con el cual es correlativo: a todo deber corresponde una facultad, y viceversa. Trata, en principio, del comportamiento impuesto por la ley. Eduardo García Máynes (1960) «señala que es una restricción a la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad concedida a otra de exigirle una conducta positiva o negativa».

8.10. LA SANCIÓN

8.10.1. Definición

Significa medio que tiene por objeto dirigir la voluntad hacia el cumplimiento de una norma. Esta definición comprende tanto el premio como el castigo, tanto la sanción represiva como la preventiva.

Asimismo, es la consecuencia del incumplimiento del deber jurídico que recae sobre el sujeto obligado en una relación jurídica, y también la medida empleada para evitar que dicho incumplimiento se produzca.

8.10.2. La sanción como elemento

La sanción es un elemento integrante del orden jurídico, y como tal constituye un factor necesario para evitar que se produzca la negación del Derecho, el «no-Derecho», puesto que sin ella, las frecuentes violaciones de aquél llevarían a su desaparición.

8.10.3. Clasificación

De acuerdo a su finalidad y a las consecuencias jurídicas que implican para el sujeto sobre el cual recae. De acuerdo con estos criterios cabe considerar como sanciones las siguientes:

Las sanciones directas: Se dirige al cumplimiento forzoso de una acción; su fin consiste en obtener coactivamente la observancia

de una norma infringida. Es el caso de la restitución, que es la acción y efecto de devolver un bien a quien antes lo tenía.

1. Las nulidades: Se dirige al restablecimiento de una situación jurídica al estado anterior a su vulneración. Implica la ineficacia de un acto por la ausencia de una de las condiciones de forma o de fondo necesarias para su validez.
2. La indemnización: Se dirigen al cumplimiento de una prestación económica equivalente a lo que el sujeto obligado dejó de realizar ante la imposibilidad de alcanzar mediante la sanción directa la finalidad perseguida. La pretensión económica es proporcional a lo que incumplió el obligado y a las eventualidades morales o materiales surgidas del acto anti-jurídico, de allí que no solo comprendan los daños, sino también los perjuicios.
3. Las penas: Se dirigen a la compensación de los sufrimientos, aflicciones y pérdidas de derecho y estatus generados como consecuencia de la infracción de un deber jurídico. Es el caso de la pena privativa de libertad, la restrictiva de libertad, las limitativas de derechos, la multa, la destitución, la suspensión, etc.
4. Las medidas de seguridad: Se dirigen al establecimiento de medidas preventivas cuyo objetivo es impedir que se perpetren hechos delictivos e inmovilizar a inimputables peligrosos para la sociedad. Es el caso del internamiento hospitalario y el tratamiento ambulatorio.

En conclusión, las dos primeras formas de sanción persiguen el restablecimiento de la situación jurídica violada al estado anterior a la violación anterior misma.

La indemnización significa el sacrificio de un bien económico del obligado a favor del sujeto pretensor en vista de la imposibilidad

de lograr la finalidad que se alcanza con las sanciones directas y con la nulidad.

Finalmente, la pena constituye una sanción aflictiva y las medidas de seguridad disposiciones tomadas para evitar el acto infractorio.

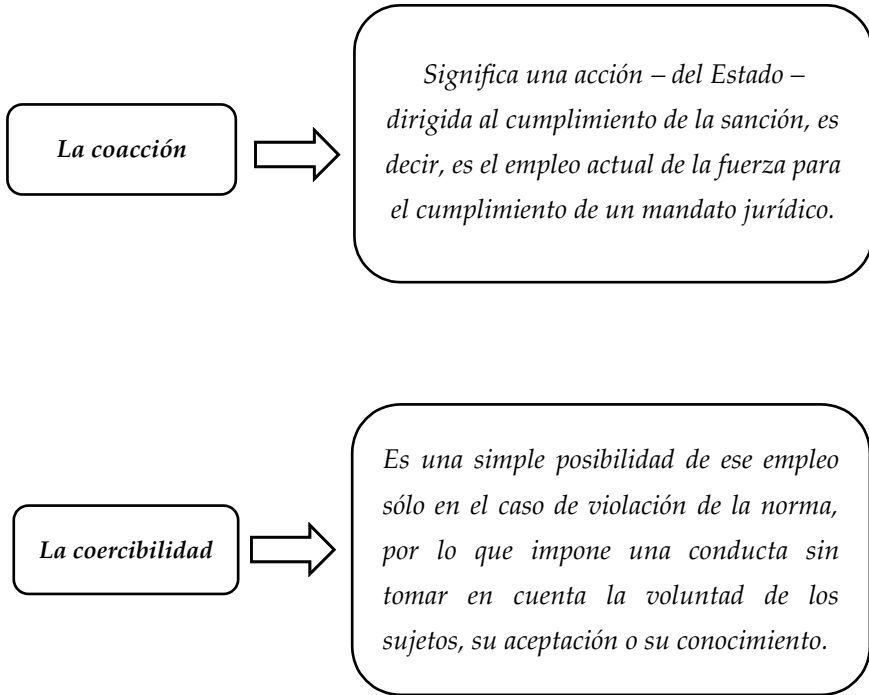
8.11. LA COACCIÓN Y LA COERCIBILIDAD DEL DERECHO

Según Reale (1984):

En el campo diametralmente opuesto, tenemos *la teoría de la coacción*, que ve en el Derecho una efectiva expresión de fuerza. Para Jhering, uno de los mayores juristas del siglo pasado, el Derecho se reduce a «norma+coacción», lo cual fue seguido con entusiasmo por Tobías Bárrelo que lo definió como «la organización de la fuerza». Según esta concepción, podríamos definir el Derecho como la ordenación coercitiva de la conducta humana. Ésta es la definición masiva del Derecho dada por uno de los grandes maestros contemporáneos, Hans Kelsen, que, aun nonagenario, se mantuvo siempre fiel a sus principios del normativismo estricto. (p. 55)

La coacción ya es, en sí misma, un concepto jurídico, dándose la interferencia de la fuerza en virtud de la norma que la prevé, la cual, a su vez presupone otra manifestación de fuerza y, por consiguiente, otra norma superior; y así sucesivamente hasta llegar a una norma pura o a la pura coacción. Fue esta objeción la que Hans Kelsen procuró superar con su teoría de la norma fundamental. (Reale, 1984, p. 56)

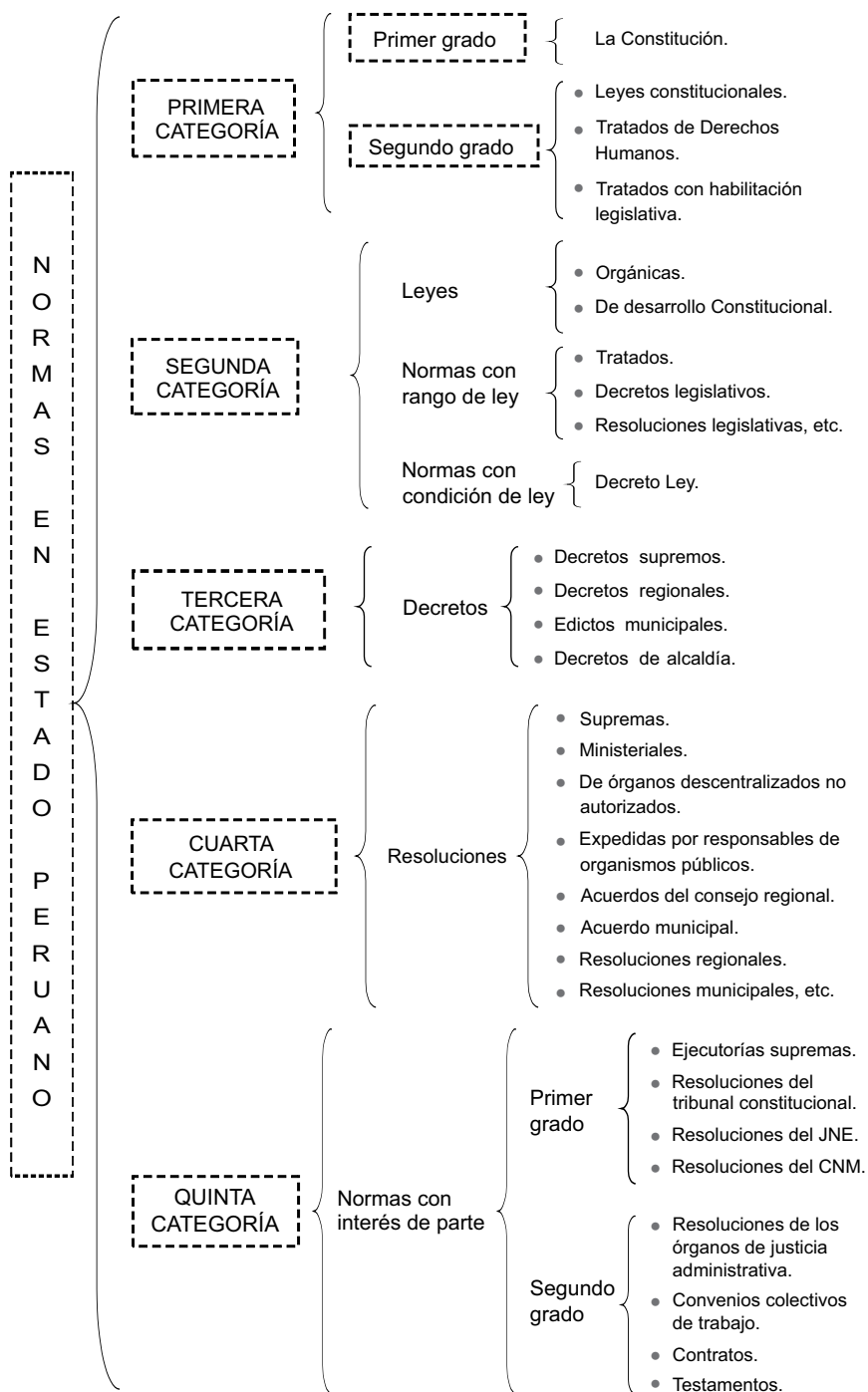
La coercibilidad, según la cual el Derecho es la ordenación coercible de la conducta humana. La teoría de la coercibilidad, cierta en cuanto revela la posibilidad de la existencia de ejecuciones jurídicas compulsorias sin que esto comprometa su juridicidad. (Reale, 1984, p. 57)



CAPÍTULO III

ESTRUCTURA JERÁRQUICA DE LAS NORMAS EN EL ESTADO PERUANO

CONTENIDO: 9.1. Primera categoría 9.1.1. Primer grado 9.1.2. Segundo grado 9.2. Segunda categoría 9.2.1. Las leyes 9.2.2. Normas con rango de ley 9.2.3. Norma con condición de ley 9.3. Tercera categoría 9.3.1. Los decretos 9.4. Cuarta categoría 9.4.1. Resoluciones 9.5. Quinta categoría 9.5.1. Normas con interés de partes.



9.1. PRIMERA CATEGORÍA

9.1.1. Primer grado

- a. **La Constitución:** Es la primera norma de nuestro ordenamiento jurídico. Contiene los principios básicos que permiten asegurar los derechos y deberes de las personas. Asimismo, determina los fines y la forma de organización del Estado. Fija, además, los órganos y procedimientos pertinentes para la elaboración y vigencia de las normas.

9.1.2. Segundo grado

- a. **Leyes constitucionales:** Son dispositivos que materializan una reforma constitucional mediante un procedimiento especial de aprobación previsto en el artículo 206 de la Constitución, que les permite modificar, sustituir, derogar o abrogar una norma constitucional.
- b. **Los tratados de los Derechos Humanos:** Son expresiones de voluntad que adopta el Estado con organismos extranacionales, que están dirigidos a la salvaguarda y promoción de los derechos inherentes a la persona.
- c. **Tratados con habilitación legislativa:** Son aquellos que contienen estipulaciones que afectan normas constitucionales, pero que quedan habilitados mediante un procedimiento especial (Artículo 206 de la Constitución Política del Perú) donde interviene el Congreso.

9.2. SEGUNDA CATEGORÍA

9.2.1. Las leyes

Son aquellas normas de carácter general por las cuales se manda, autoriza, prohíbe o penaliza una conducta, son dictadas por el Congreso.

- a. **Leyes orgánicas:** Están dirigidas a delinear la estructura y funcionamiento de los más importantes órganos del Estado previstos en la Constitución, y a las otras materias cuya regulación está sujeta a acuerdo y requisitos extraordinarios.
- b. **Leyes de desarrollo constitucional:** Son aquellas encargadas de desplegar algunos preceptos constitucionales. Las leyes de desarrollo en materia de descentralización y la de mecanismo y procesos para la eliminación de los monopolios legales sobre servicios públicos.

9.2.2. Normas con rango de ley

- a. **Los tratados:** Son expresiones de voluntad que adopta el Estado con sus homólogos o con organismos extranacionales, y que se rigen por las normas, costumbres y fundamentos doctrinarios del derecho internacional.
- b. **Los decretos legislativos:** Son preceptos emanados del órgano ejecutivo, en virtud de lo que en doctrina se conoce como delegación legislativa, por la que el Congreso puede transferir al ejecutivo la potestad de legislar mediante este tipo de norma.
- c. **Las resoluciones legislativas:** Son aquellos dispositivos del Congreso que asignan atribuciones, deberes o sanciones a determinadas personas; que otorgan validez a específicos y concretos hechos.
- d. **El reglamento del Congreso:** Tiene rango de ley y se encarga de establecer la estructura, organización y funcionamiento del Congreso, el cual lo elabora y lo aprueba.
- e. **Las sentencias del Tribunal Constitucional:** La Constitución otorga competencia al Tribunal Constitucional para expedir sentencias que declaren la inconstitucionalidad total o parcial de una ley o norma con rango de ley.

- f. Los decretos de urgencia:** Son normas que contienen medidas extraordinarias destinadas a regular, por un lado, graves, súbitas y anormales circunstancias de carácter económico y financiero; y, por otro lado, la actividad legislativa durante el periodo que transcurre entre la disolución del Congreso y la instauración de otro surgido de elecciones parlamentarias.
- g. Las ordenanzas regionales:** Son normas emanadas de las regiones. Aluden a la coordinación y ejecución de planes y programas socioeconómicos regionales, así como la gestión de actividades y servicios inherentes al Estado, conforme a ley.
- h. Las ordenanzas municipales:** Son normas generales que regulan la organización, administración y prestación de los servicios públicos locales; así como la determinación de los tributos municipales.

9.2.3. Norma con condición de ley

- a. Decreto ley:** Son dispositivos de naturaleza sui generis dictados por gobernantes que reúnen para sí, de manera opuesta a lo previsto por el ordenamiento jurídico, la labor parlamentaria y la administrativa.

9.3. TERCERA CATEGORÍA

9.3.1. Los decretos

Son disposiciones de carácter general emanadas de los órganos vinculados con la administración del Estado en el plano nacional, regional o local.

- a. Decretos supremos:** Son preceptos de carácter general que regulan la actividad sectorial o multisectorial en el ámbito nacional. A través de ellos se norma la organización y fun-

cionamiento de los servicios públicos nacionales y las actividades de las instituciones sectoriales, y se reglamentan las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas.

- b. Decretos regionales:** Son aprobados y suscritos por la presidencia regional, con acuerdo del directorio de las gerencias regionales. Los decretos regionales norman reglamentariamente la ejecución de las ordenanzas regionales; sanciona los procedimientos necesarios para la administración regional; así como la resolución o regulación de acuerdos de orden general y de intereses ciudadanos.
- c. Edictos municipales:** Son dispositivos emanados de un gobierno local que tienen carácter general dentro de la demarcación territorial correspondiente, y que están vinculados con el reglamento de organización interior de los municipios.
- d. Decretos de alcaldía:** Son normas dictadas por la máxima autoridad edil que permiten ejecutar lo previsto en las ordenanzas municipales, sancionar los procedimientos de administración y resolver y regular asuntos de interés para el vecindario.

9.4. CUARTA CATEGORÍA

9.4.1. Resoluciones

Se tratan de normas que tienen como finalidad resolver casos particulares y concretos del ámbito de la administración gubernamental.

- a. Resoluciones supremas:** Son aquellas decisiones de importancia gubernamental en el ámbito nacional que adopta el órgano ejecutivo. No contienen normas de carácter general y se dirigen a personas precisables a las que se les confiere derechos públicos subjetivos o se les establecen responsabilidades o deberes.

- b. Resoluciones ministeriales:** Son dispositivos que permiten formular y supervisar la política general y sectorial del Estado, dentro del ámbito de su competencia. Igualmente permiten supervisar y controlar a los organismos públicos descentralizados y a las empresas del sector.
- c. Resoluciones de órganos autónomos no descentralizados:** Son dispositivos que permiten formular, ejecutar y supervisar la política general de los órganos autónomos no descentralizados, y son emitidos por la máxima autoridad de la entidad.
- d. Resoluciones expedidas por responsables de organismos públicos descentralizados:** Estos organismos son entes con personería jurídica propia y autónoma otorgada por su ley de creación. Se crean para desarrollar las funciones productivas de bienes y servicio del Estado, para lo cual requieren de autonomía en su gestión, y también cuando ellas no se pueden cumplir adecuadamente desde los órganos de un ministerio.
- e. Acuerdos del consejo regional:** Expresan disposiciones sobre asuntos internos del propio consejo, el interés público, ciudadano o institucional. Asimismo, sirve para manifestar la voluntad de practicar un determinado acto o la sujeción a una conducta o norma institucional.
- f. Acuerdo municipales:** Son decisiones gubernamentales específicas sobre cualquier asunto de interés público, vecinal o institucional, que expresan la opinión de la municipalidad, así como su voluntad de practicar un determinado acto o de sujetarse a una conducta institucional.
- g. Resoluciones regionales:** Norman asuntos de carácter administrativo. Se expiden en segunda y última instancia.

- h. Resoluciones municipales;** Son aquellas decisiones que permiten a los consejos municipales ejercer sus funciones administrativas (asuntos de administración vinculados a las áreas de personal, tesorería, abastecimiento, etc.).
- i. Resoluciones de alcaldía:** Son las que expiden los alcaldes al ejercer sus funciones. Resuelven asuntos de carácter administrativo (expedientes de vecinos) y hacen referencia a sujetos determinados.
- j. Resoluciones directorales:** Expresan decisiones estrictamente administrativas o de administración, que adopta un funcionario de nivel y de alta confianza del titular del pliego.

9.5. QUINTA CATEGORÍA

9.5.1. Normas con interés de partes

Comprenden las decisiones del Estado surgidas a petición de los particulares, o actos de estos sin intervención estatal, que generan derechos y deberes de carácter personal.

a. Primer grado

- a.1. La ejecutorias supremas:** Son resoluciones expedidas de última instancia por el órgano judicial sobre las que no se admite recurso impugnatorio.
- a.2. Las resoluciones del Tribunal Constitucional:** Son las expedidas por el Tribunal Constitucional en materia de habeas corpus, acción de amparo, habeas data y acción de cumplimiento.
- a.3. Las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones:** Son las expedidas por el Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral.

a.4. Las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura: Son las expedidas por el Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces y fiscales.

b. Segundo grado

b.1. Las resoluciones de los órganos de justicia administrativa: Contienen decisiones vinculadas con los deberes y derechos de los funcionarios o servidores de la administración pública, o con quejas y reclamaciones de los usuarios o personas con intereses concretos ante una repartición estatal. No gozan del instituto de la cosa juzgada, ya que pueden ser objeto de una acción contencioso-administrativo ante el órgano jurisdiccional.

b.2. Los convenios colectivos de trabajo: Son aquellos que surgen del acuerdo de voluntades entre el empleador y los trabajadores.

b.3. Los contratos: Son acuerdos de voluntades entre dos o más personas, con el objeto de crear vínculos de mutuos derechos y obligaciones.

b.4. Los testamentos: Son decisiones que surgen de la expresa voluntad del testador y se encuentra vinculadas con la futura disposición de sus bienes.

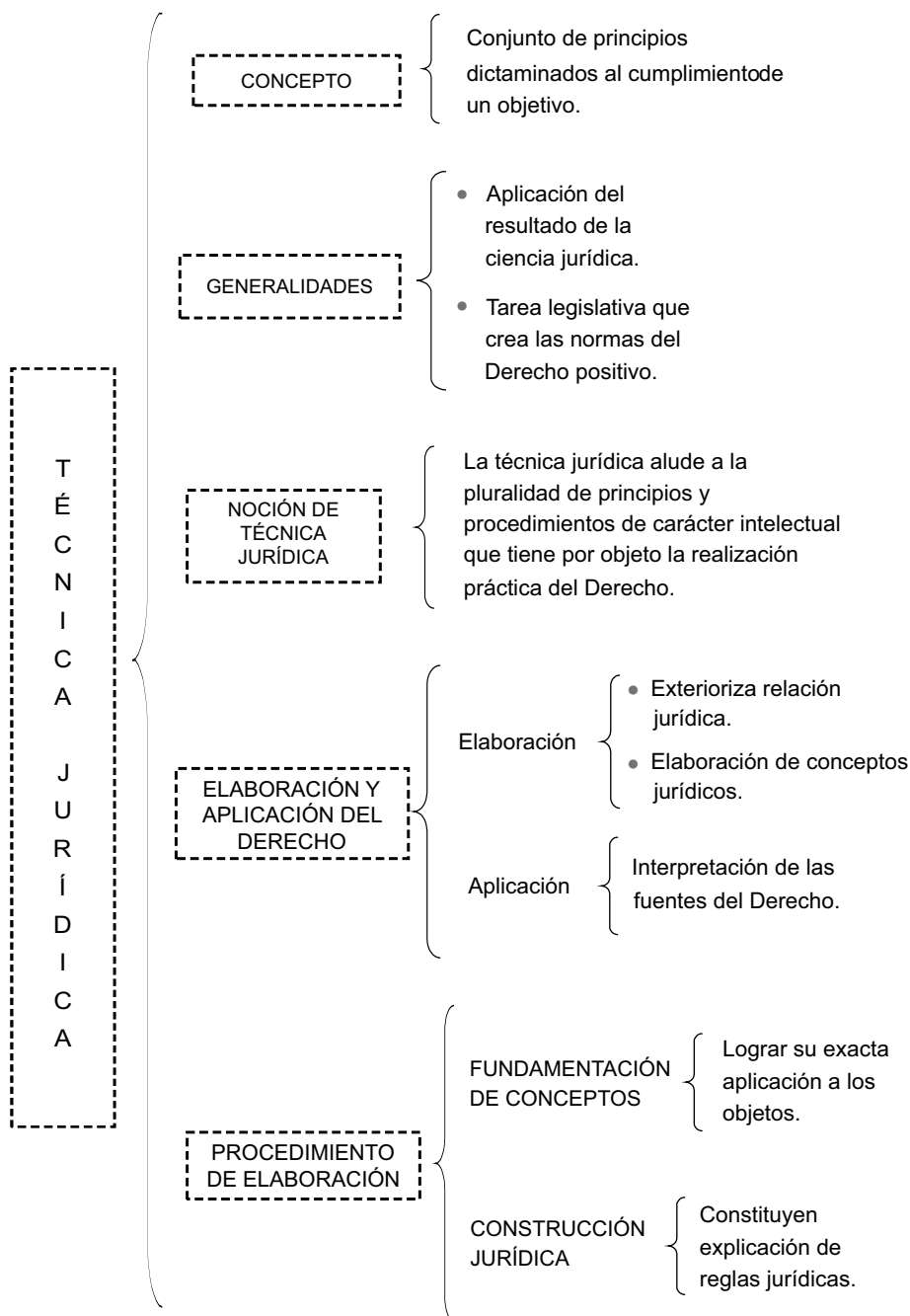
Cabe resaltar que en nuestro Estado la carta magna es la base para que existan las demás leyes. Nuestra Constitución Política está ubicada en la primera categoría por lo cual ninguna ley de menor rango o categoría puede violarla.

Estructura jerárquica de las normas en el Perú

PRIMERA CATEGORÍA	1. <i>Primer grado:</i> a. <i>La Constitución.</i>	
	2. <i>Segundo Grado:</i> a. <i>Leyes Constitucionales.</i> b. <i>Los Tratados de los Derechos Humanos.</i> c. <i>Tratados con habilitación Legislativa.</i>	
SEGUNDA CATEGORÍA	1. <i>Las Leyes :</i> a. <i>Leyes Orgánicas.</i> b. <i>Leyes de Desarrollo Constitucional.</i>	LEYES
	2. <i>Normas con rango de ley:</i> a. <i>Lo Tratados.</i> b. <i>Los Decretos Legislativos.</i> c. <i>Las Resoluciones Legislativas.</i> d. <i>El Reglamento del Congreso.</i> e. <i>Las Sentencias del Tribunal Constitucional.</i> f. <i>Los Decretos de Urgencia.</i> g. <i>Las Ordenanzas Regionales.</i> h. <i>Las Ordenanzas Municipales.</i>	NORMAS CON RANGO DE LEY
	3. <i>Norma con condición de Ley:</i> a. <i>Decreto Ley.</i>	NORMA CON CONDICIÓN DE LEY
TERCERA CATEGORÍA	1. <i>Los Decretos:</i> a. <i>Decretos Supremos.</i> b. <i>Decretos Regionales.</i> c. <i>Edictos Municipales.</i> d. <i>Decretos de Alcaldía.</i>	DECRETOS
CUARTA CATEGORÍA	1. <i>Resoluciones:</i> a. <i>Resoluciones Supremas.</i> b. <i>Resoluciones Ministeriales.</i> c. <i>Resoluciones de órganos Autónomos no Descentralizados.</i> d. <i>Resoluciones expedidas por Responsables de organismos públicos descentralizados.</i> e. <i>Acuerdos del Consejo Regional.</i> f. <i>Acuerdo Municipales.</i> g. <i>Resoluciones Regionales.</i> h. <i>Resoluciones Municipales.</i> i. <i>Resoluciones de Alcaldía.</i> j. <i>Resoluciones Directorales.</i>	RESOLUCIONES
QUINTA CATEGORÍA	1. <i>Normas con Interés de parte:</i> a. <i>Primer Grado:</i> a.1. <i>La Ejecutorias Supremas.</i> a.2. <i>Las Resoluciones del Tribunal Constitucional.</i> a.3. <i>Las Resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones.</i> a.4. <i>Las Resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura.</i>	NORMAS CON INTERÉS DE PARTES
	b. <i>Segundo Grado:</i> b.1. <i>Las Resoluciones de los órganos de Justicia Administrativa.</i> b.2. <i>Los Convenios Colectivos de Trabajo.</i> b.3. <i>Los Contratos.</i> b.4. <i>Los Testamentos.</i>	

TÉCNICA JURÍDICA

CONTENIDO: 10.1. Generalidades 10.2. Noción de la técnica jurídica 10.3. Concepto de técnica jurídica
10.4. Elaboración y aplicación del Derecho
10.5. Procedimiento de elaboración.



10.1. GENERALIDADES

La expresión «técnica jurídica» es usada por los autores de Derecho desde Savigny en adelante con diversos alcances, por lo que se hace acreedora de un análisis crítico, siquiera sea sumario.

El jurista debe elaborar reglas adecuadas al objeto que le ha sido asignado por la política jurídica (finés que debe realizar el Derecho-reinar el orden social asegurando, en la medida de las posibilidades, la satisfacción de las necesidades esenciales de la sociedad); hacerlas realizables y eficaces, adaptándolas al medio que deben regir, dándoles una base estable. No se trata ya de la ciencia que observa y que descubre, se trata del arte que construye. El conjunto de procedimientos mediante los cuales el Derecho transforma en reglas claras y prácticas las directivas de la política jurídica ha recibido el nombre de técnica jurídica.

El primer medio técnico de que se sirve el Derecho para realizarse consiste en las fuentes formales. El arte de redactar las leyes se designa frecuentemente con el nombre de técnica legislativa y el mismo término vuelve a encontrarse respecto de la jurisprudencia.

Aníbal Torres Vásquez (2011) afirma: «La técnica jurídica es la aplicación del resultado de la ciencia jurídica, esto es, de los conocimientos aportados por la ciencia jurídica a la construcción de los preceptos jurídicos; en otros términos: es la tarea legislativa que crea las normas del Derecho positivo basándose en los conocimientos de la ciencia jurídica. Pero no se puede desconocer que el legislador no siempre se basa en la ciencia sino en razones políticas para dar la ley. La técnica jurídica comprende la elaboración de las leyes, su interpretación, integración y aplicación» (p.132).

a. La expresión en Savigny

Es interesante recordar, como introducción a esta materia, las concepciones de Savigny. De acuerdo con los principios de la Escuela

la Histórica del Derecho, este emana del alma popular, del espíritu del pueblo, que el jurista debe limitarse a constatar. Pero como los modos de expresión del Derecho son en esta forma fruto de la voluntaria actividad del jurista, este puede favorecer o dificultar el desarrollo de aquel elemento natural.

Según Savigny (1978), la actividad voluntaria del jurista, las operaciones que realiza sobre los datos de la realidad comprenden la técnica jurídica:

«En gracia a la brevedad, designaremos con la expresión elemento político del derecho la dependencia en que esta respecto de la vida social del pueblo, designando además su vida y científica como elemento técnico» (pp.26 y 47).

b. Ideas de Ihering

«Otra figura estelar en la historia del pensamiento jurídico, Rudolf von Ihering, es considerado como el formulador más acabado del tema, dentro del campo del conceptualismo jurídico» (Windscheid, Pandette, 1902, p.75).

En Ihering, como en Savigny, el elemento técnico es patrimonio del jurista como individuo, especializado, poseedor de una preparación y, sobre todo, de un método propio. ¿Cómo aprehender del jurista la materia jurídica? Esencialmente, mediante la llamada construcción jurídica.

10.2. NOCIÓN DE LA TÉCNICA JURÍDICA

La vida social del hombre, el progreso de la ciencia jurídica, los avances del pensamiento y la necesidad de realizar cada vez más plenamente los valores del Derecho son otras causas de las incesantes transformaciones de éste.

La elaboración de nuevas normas en virtud de tales exigencias y la más adecuada aplicación de las vigentes a los hechos

sociales que regulan, se realiza de conformidad con determinados principios cuyo conjunto constituye el contenido de la disciplina denominada técnica jurídica, que forma parte de la dogmática o Ciencia del Derecho.

La expresión «técnica jurídica» no ha sido empleada con el mismo significado. Según Savigny, técnica jurídica es la «elaboración científica por parte de los juristas por oposición a la creación espontánea del pueblo».

Ihering considera que la técnica jurídica tiene un sentido formal que consiste en determinar de qué manera debe establecerse y organizarse el Derecho, abstracción hecha de su contenido, para que su mecanismo facilite y asegure la mejor aplicación de sus reglas.

«Stammler llama técnica jurídica al método de conocimiento y de exposición de un derecho históricamente dado» (Alzamora, 1987, p. 251).

Geny ofrece un concepto más amplio de esta disciplina. Parte de la oposición entre materia y forma de Derecho. La primera está constituida por los «datos» y se sitúa en el campo de la ciencia, mientras que la segunda es aquella obra artificial del jurista y corresponde a la técnica.

Señala Geny, la forma en el Derecho «es una construcción, completamente artificial del dato, obra de la acción más que de la inteligencia, donde la voluntad del jurista pueda moverse libremente, dirigida solamente por el fin predeterminado de la organización jurídica que sugiere los medios de su propia realización» (pp. 16 - 31).

J. Dabin considera que la técnica está constituida por el conjunto de medios y procedimientos adaptados con el fin de garantizar los fines generales y particulares del Derecho, o sea los modos de protección.

La técnica jurídica está constituida por el conjunto de procedimientos necesarios en orden a la elaboración de las fuentes formales del Derecho y a su recta aplicación.

Los defectos técnicos afectan profundamente al Derecho, ocasionan dificultades o demoras en la aplicación de la ley y hacen que esta sea deficiente o mala, por cuya razón encierran casi siempre una injusticia.

10.3. CONCEPTO DE TÉCNICA JURÍDICA

La expresión técnica viene de la voz griega:

TECHNE = Método, procedimiento o arte a emplearse para llevar a la práctica la ejecución de un fin.

«La técnica plantea simultáneamente un conjunto de principios, teóricos y procedimentales, dictaminados al cumplimiento de un objetivo. Ello permite que las ideas no se inmovilicen en la mera esfera de lo abstracto sino que se plasme en la esfera concreta de la vida» (García, 1995, p.63).

La técnica jurídica alude a la pluralidad de principios y procedimientos de carácter intelectual que tiene por objeto la realización práctica del Derecho.

Señalamos que toda acción es susceptible no solo de una consideración ética, sino también de una consideración técnica que, enfocado en el fin de dicha acción hacia atrás, en relación con su propia realización, nos dice cómo se ejecuta dicho fin. Aplicando estos puntos de vista, podemos hablar de técnica jurídica cuando el fin concreto de la acción que esta trate sea de naturaleza específicamente jurídica y, en la cadena de las acciones, constituye un medio para otro fin jurídico. Ahora bien, las actividades que se encuentran en

estas condiciones son las desarrolladas por el legislador y el juez (lato sensu: individualizador de normas).

Las categorías jurídicas: El Derecho hace amplio uso de «categorías» que constituyen cuadros fijos fuera de los cuales se niega a reconocer a los hechos con consecuencias jurídicas: el más típico a este respecto es el Derecho Penal. En virtud del principio moderno de que ninguna condena puede ser pronunciada si no concurren los elementos de un delito definido por la ley, los delitos forman categorías fuera de las cuales reina la impunidad.

Las presunciones: Son reglas de Derecho que declaran probado un hecho que no es más que probable. Así el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido. Entre las presunciones algunas pueden ser destruidas por la prueba en contrario, es el caso que acabamos de citar: el marido puede, bajo ciertas condiciones, negar al hijo nacido de su mujer. Hay otras que tienen un carácter absoluto, por ejemplo, la que proclaman la verdad de los hechos constatados por una sentencia. Se concibe fácilmente por qué la técnica jurídica tiene necesidad de las presunciones; por una parte, las dificultades, la imposibilidad misma de ciertas pruebas han obligado al legislador a contentarse con indicios.

Las ficciones: Constituyen el más artificial de los procedimientos de la técnica jurídica. Ellas tratan jurídicamente como verdadero lo que es falso.

La técnica jurídica abarca, pues, dos momentos:

- ◆ La técnica legislativa;
- ◆ La técnica jurisprudencial.

a) Técnica legislativa

La técnica legislativa, o formuladora de normas generales, se refiere a la conducta de los legisladores en cuanto crean las leyes.

Según Víctor García Toma (1995): «es evidente que el legislador debe tener en cuenta, al momento de elaborar una norma que el mandato o la permisión a formularse encaje dentro de su propio ordenamiento. La norma es válida en la medida en la que se le puede fundamentar o derivar de otra que pertenece de dicho ordenamiento» (p.85).

a.1. La Iniciativa.- consiste en el ejercicio de una facultad constitucional mediante la cual se presenta un proyecto de ley o resolución legislativa, a efecto de que sea discutida y eventualmente sancionada por el congreso.

a.2. Discusión y aprobación.- La sustentación de los proyectos se efectúa mediante intervenciones orales.

a.3. Sancionamiento.- Se le conceptúa como una operación integradora en la hechura de la ley mediante la cual esta se perfecciona o consagra.

a.4. Promulgación y publicación.- La promulgación implica el reconocimiento formal por parte del presidente de la república de que la ley ha sido aprobada conforme a derecho y, por ende, debe ser obedecida. La publicación consiste meramente en difundir y dar a conocimiento público las leyes promulgadas para acreditar su existencia y obligar a su cumplimiento.

a.5. Vigencia.- Se refiere al momento en que la norma es de cumplimiento obligatorio. La ley es considerada como obligatoria a partir del día ulterior a su publicación en el diario oficial, salvo que ella de manera expresa señale plazo distinto.

La técnica jurídica implica una serie de problemas. Así se vincula:

- A la discusión acerca de las ventajas o desventajas de la codificación;
- A las materias que deben abarcar cada código y su adecuada distribución;

- A la preparación y sanción de las leyes y códigos (nombreamiento de comisiones, anteproyectos, revisiones, discusión o votación a libro cerrado).
- A la pulcra formulación de la ley, su lenguaje y su estilo, etc.

Veamos algunos de estos aspectos:

1. Codificación

Esta representa un significativo avance técnico en el mundo del Derecho: en ellas las leyes no se encuentran yuxtapuestas, sino refundidas en una agrupación orgánica, sistemática y con unidad científica (así mientras nuestra Constitución se conoce mediante títulos, capítulos, artículos e incisos, el Código Civil se conoce mediante libros, secciones, títulos, capítulos, artículos e incisos). Se trata de un método legislativo mediante el cual el derecho vigente de un Estado se organiza y se distribuye en forma regular.

En ese sentido, se señala las ventajas de la codificación, en cuanto facilita el conocimiento del derecho y da fijeza a las relaciones evitando las frecuencias incertidumbres sobre la norma aplicable. Se destacan, en cambio, sus inconvenientes en orden a la rigidez y estancamiento que supone. En suma, la codificación es recomendable en un derecho muy elaborado y con alto grado de fijeza; es, en cambio, inconveniente en una rama nueva, en plena evolución, en constante transformación y sin una doctrina elaborada.

2. Distribución de materias

Si se desmembraran los artículos del Código Civil y después de mezclarlos se los dictará en el mismo orden que dicta el azar, la ley civil sería la misma, cambiando sólo la técnica de su formulación. Con el ejemplo se puede apreciar claramente la importancia que reviste este aspecto de la técnica legislativa.

10.4. LENGUAJE Y ESTILO

El lenguaje es de importancia capital en la legislación, pues esta debe ser inteligible y comprensible para los operadores del Derecho y el pueblo en general.

Los códigos y leyes modernos exigen una nomenclatura precisa y una sintaxis ceñida y concisa, que se traduce en la abundancia de términos técnicos y la repulsa de todo palabrerío superfluo. En lo que se refiere al vocabulario, la terminología técnica se impone, ya porque se tomen palabras del lenguaje común, dándoles un sentido preciso que en éste no tienen (obligación, robo, cosa, servidumbre, depósito, etc.), ya porque se empleen palabras propias (estupro, hipoteca, comandita, etc.). En lo que se refiere a la sintaxis, es frecuente que la técnica jurídica se encuentre, en aras de la concisión y la precisión, reñida con las reglas del lenguaje común o literario, carácter especialmente notorio en las sentencias y las disposiciones de carácter procesal. En lo que se refiere al estilo, cabe observar que la legislación contemporánea ha superado el estilo persuasivo que trataba de provocar en los destinatarios –al modo de la oratoria– sentimientos de adhesión a la regla legal o de repulsa de lo que ella condenaba; el de la convicción, con el que se pretendía llegar a la razón de los destinatarios, explicándoles el espíritu de la ley o *ratio legis* y, en fin, el del adoctrinamiento o enseñanza.

10.5. DEFINICIONES

Rafael Bielsa expone que se trata de una opción intelectual destinada a develar la comprensión de un concepto. Por ende, permite explicar y diferenciar su contenido.

«Nos abstenemos de definir porque, como dice Freitas, las definiciones son impropias de un Código de Leyes, y no porque haya peligro en hacerlo, pues, mayor peligro hay en la ley que en la doctrina. En un trabajo legislativo sólo pueden admitirse aquellas

definiciones, que estrictamente contengan una regla de conducta, o por la inmediata aplicación de sus vocablos, o por su influencia en las disposiciones de una materia especial...» (Cfr. Gustavo Radbruch, p. 34).

«Lo que pensamos sobre las definiciones se extiende por los mismos motivos a toda materia puramente doctrinaria, a lo que generalmente se llama principios jurídicos, pues la ley no debe extenderse sino a lo que depende de la voluntad del legislador. Ella debe ser imperativa y sea que mande y prohíba debe sólo expresar la voluntad del legislador. Así como existe una diferencia notable entre jurisprudencia y la legislación, así también la ley nada tiene de común con un tratado científico de Derecho» (Raftalion, 1938).

Lástima que en la redacción del C.C. Velez Sársfield incurrió en frecuentes contradicciones con los principios teóricos formulados. Pero en el mismo razonamiento de Vélez Sársfield, se hace manifiesto que las definiciones pueden ser convenientes y hasta necesarias como técnica legislativa, para precisar el sentido de un término y completar, de ese modo, una serie de artículos en los que este aparece empleado.

Se comprende, en suma, la necesidad de dar a las leyes una redacción sobria, concisa y univoca, si se tiene presente que son obligatorias para todos, que no es admisible invocar su ignorancia como excusa por su incumplimiento y que, por otra parte, la claridad de la ley contribuye eficazmente a la seguridad jurídica y, por ende, a la paz social. Comprendiéndolo así algunos cuerpos legislativos han creado comisiones de técnicos cuyos servicios requieren no solo la redacción material de la ley, sino también para que ella concuerde con las demás disposiciones vigentes.

b) Técnica jurisprudencial

La técnica jurisprudencial se refiere a la actividad de los magistrados en cuanto aplican las normas generales formulando normas

individuales para los casos concretos. Se aplican a la técnica jurisprudencial, *mutatis mutandi*, las observaciones sobre el lenguaje jurídico, pero la técnica jurisprudencial tiene, además, sus temas específicos.

Estos están constituidos, en primer lugar, por todos los problemas que plantea la interpretación de las leyes (técnica exegética), la cual surge por la exigencia esencial de tener que juzgar todos los casos, aun los difíciles de encuadrar dentro de las normas previstas por los códigos. Pero este tema de la interpretación excede también el campo limitado de la técnica jurisprudencial y constituye un capítulo fundamental de la ciencia jurídica.

El contenido propio de la técnica jurisprudencial se encuentra, en cambio, en disposición procesales que se refieren a las formas de las sentencias (división en considerandos y resultandos; separación de las cuestiones de hecho y de derecho; acuerdos, orden de la votación y disidencias en los tribunales colegiados, etc). En torno a la técnica jurisprudencial cabe mencionar la actividad de los abogados y procuradores y demás prácticos del Derecho.

«La importancia de esta actividad, desde el punto de vista de la praxis del derecho, ha llevado a algunos de sostener que todo el saber jurídico se reduce a una técnica que se vincularía, antes que a principios y estudios de orden teórico, una específica habilidad y a la práctica de ciertos procedimientos y recurso» (Norberto Borbio, 1894, p.41).

Todo se resumiría en una especie de «instituto jurídico», en un cierto «ojo clínico» para el Derecho y para la argumentación jurídica. En esta concepción hay una evidente confusión entre lo que es la técnica profesional y la habilidad forense de los prácticos del derecho, con la actividad de aquellos que hacen del Derecho objeto de consideración teórica.

Concluimos que la técnica jurídica comprende cuatro aspectos, conforme lo establece Víctor García Toma:

TÉCNICA JURÍDICA
1. Técnica de elaboración.
2. Técnica de interpretación.
3. Técnica de aplicación.
4. Técnica de integración.

10.6. ELABORACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO

La técnica jurídica trata de dos tipos de operaciones: unas que se refieren a la elaboración y otras a la aplicación del Derecho. Al separar la materia y la forma, Geny señaló los límites que existe entre ciencia y técnica. Los datos que recoge la ciencia son los siguientes: a) datos reales o naturales (condiciones físicas, sociales, morales; clima, suelo producción, constitución humana, sentimientos, situación económica, etc), b) datos históricos (hechos de la vida humana determinados por cierta reglamentación); c) datos ideales (aspiraciones humanas, tendencia hacia una deseable organización jurídica).

«Lo construido consiste en un empleo de dos tipos de procedimientos: las “formas” mediante las cuales se exterioriza la relación jurídica; y los procedimientos propiamente intelectuales que consisten en la elaboración de los conceptos jurídicos. El camino lógico señalado es exacto, pero no es verdad que solo la forma sea lo construido, también, la materia es construida según un método sui géneris, donde entran en combinación los motivos de justicia y de oportunidad que hacen que una materia sea específicamente jurídica. La adaptación de los datos a las formas jurídicas, tiene el significado de una construcción» (Alzamora Valdez Cit. p.253).

La técnica de la aplicación comprende la interpretación de las fuentes del Derecho, su integración y la aplicación propiamente dicha de las normas en el tiempo y en el territorio.

Si se tiene en cuenta el órgano que se realiza las funciones de elaboración o de aplicación del Derecho, la técnica se divide en legislativa, doctrinal y jurisprudencial. La primera se refiere a la formulación de normas generales, la segunda a la investigación, la crítica y la enseñanza del Derecho y la tercera a su aplicación en el proceso.

10.7. PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN

Para la elaboración del Derecho se siguen procedimientos intelectuales: la formulación de conceptos y la construcción jurídica. El concepto es «la idea general del objeto propuesto al trabajo del espíritu» (Geny, tomo I, pág.147). Los conceptos nacen de comparar las cosas conocidas, con el fin de descubrir semejanzas y diferencias. De ahí que su función esencial sea la analogía.

El jurista no maneja cosas ni hechos sino conceptos. Gracias a ello puede penetrar en el mundo de la realidad y someterlo a los principios y a las normas del Derecho. De ahí la importancia de los conceptos y la trascendencia de las funciones lógicas que se refieren a su elaboración, definición y precisión.

Los conceptos jurídicos son signos de los objetos que comprende el Derecho, que pueden ser objetos reales, ideales o simples relaciones; así los conceptos de sujetos, documento, de justicia o de seguridad; de representación proporcional o de contrato corresponden a esos grupos.

«La definición de los conceptos tiene por fin precisar su contenido para lograr su exacta aplicación a los objetos. El jurista en su función teórica y práctica es un verdadero “profesional de la definición” como lo denomina con exactitud DABIN» (Ob. cit., p. 111).

La carencia de definiciones y el empleo de otras vagas o imprecisas llevan a cometer errores que redundan en injusticias.

Ordenar conceptos definidos lleva a precisar su valor cuantitativo y cualitativo. La reducción a cifras y la enumeración son los modos de dichas operaciones.

Las funciones y las presunciones corresponden al campo de la conceptualización jurídica.

«La presunción consiste en tener por verdadero ciertos hechos por que se han realizado otro cuyo enlace con aquellos ha sido demostrado por la experiencia (se presume que el poseedor de un mueble es su propietario). La ficción es una suposición que se tiene como válida (se reputa que todos conocen las leyes)» (Geny, Ob. cit., Tomo II, pág. 99).

La técnica jurídica se eleva hacia las construcciones por los conceptos que constituyen explicación de reglas jurídicas con relación a un principio capaz de unificarlas en un sistema armonioso. Las construcciones jurídicas –llámense instituciones u organizaciones– pueden ser dos tipos: sistemáticas, cuando se limitan a ordenar y a explicar formas existentes; y creadoras, si dan nacimiento a nuevas elaboraciones bajo el imperio de exigencias sociales también nuevas.

La técnica jurídica comprende también procedimientos que indebidamente se han denominado «materiales», cuyo fin es expresar los conceptos y las construcciones que realiza el Derecho en signos exteriores que son las «formas».

Para Geny las formas son «elementos exteriores y sensibles» que rodean o comprenden un contenido con el fin de demostrar su existencia o su trascendencia y facilitar su prueba. De ahí que las formas pueden ser *ad solemnitatem*, *ad probationem* y de simple publicidad. Las primeras son necesarias para que el acto pueda tener existencia; las segundas se emplean solo para comprobar su realidad y las terceras son simples medios de conocimiento.

Puesto que el Derecho señala las pautas a que se debe someter la conducta externa del hombre, las formas en cuanto modos de expresión de tales reglas de conducta constituyen elementos de singular valor dentro de la estructura de aquél.

El antiguo Derecho fue predominante formalismo porque acentuó la importancia de las solemnidades y de los hechos, que tenía como objeto la exteriorización de los mandatos, y de los actos jurídicos en general, como medio de obtener su cumplimiento, de calificar su realización o de lograr su probanza.

Con la aparición de la escritura –ley escrita, contrato escrito, procedimiento escrito– se van borrando tales formas para dar nacimiento a otras, que se acomodan mejor a la índole del hombre moderno y a la «espiritualización del Derecho».

Cuando la técnica jurídica distingue entre actos «formales» y actos «no formales» no quiere con esto indicar que puedan existir unos que solo tengan contenido y carezcan de forma, y que otras sean solo formas sin contenido alguno. Con tal distinción no hace sino aludir a la libertad en el empleo de las formas en los llamados actos «no formales» y a la obligación de usar determinadas formas en los actos «formales».

Referente al formalismo jurídico se ha dicho que es inconveniente para la evolución del Derecho. Considera que el apego a elementos externos es un grave obstáculo que impide el progreso del fenómeno jurídico, el que debe marchar al ritmo de la evolución social para acercarse cada día más al ideal de justicia.

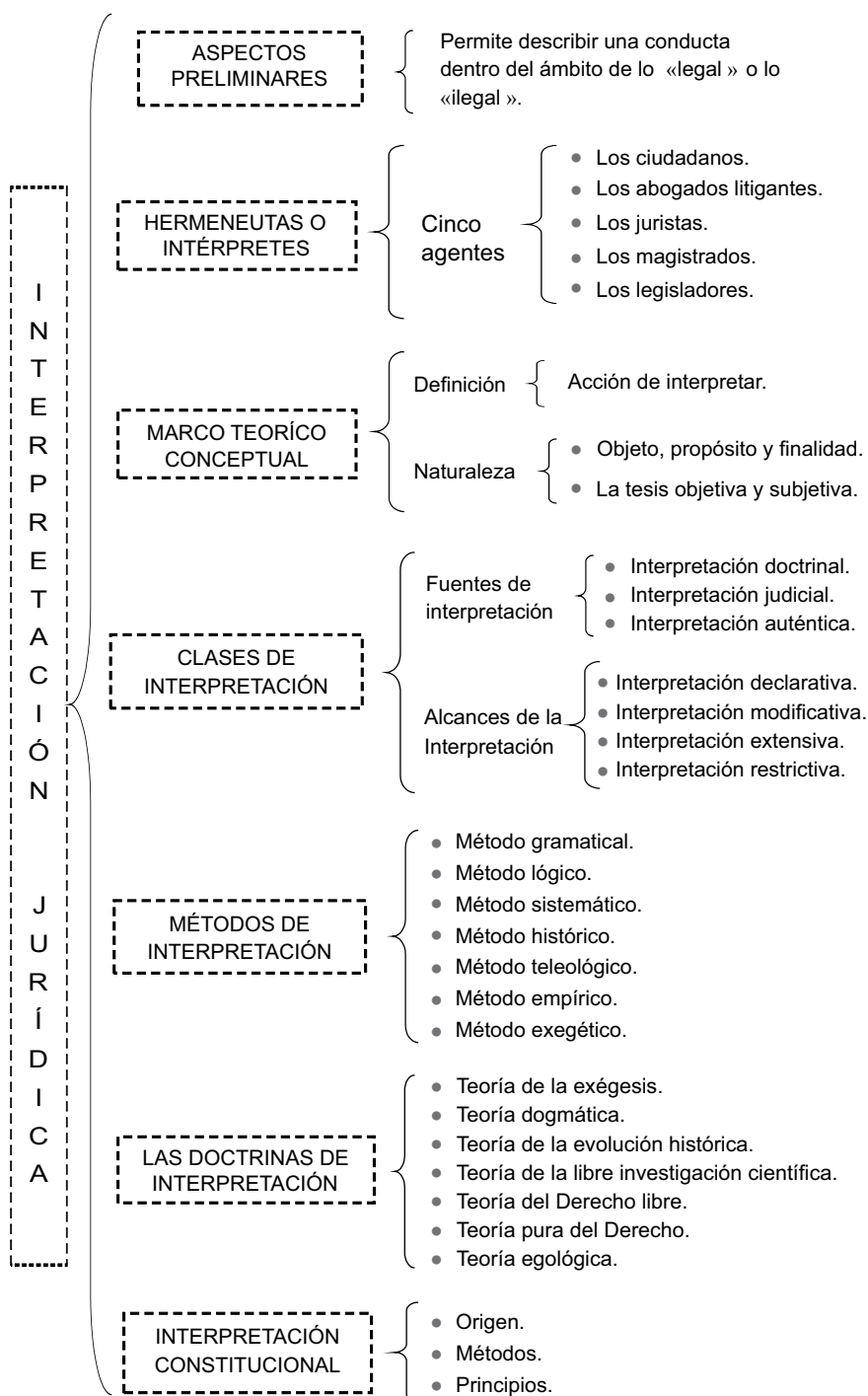
Sin embargo, el Derecho necesita del empleo de formas porque las reglas de conducta que lo constituyen deben expresarse mediante signos exteriores. Ihering expresa lo siguiente:

«las formas no son opuestas sino más bien se hallan al servicio de la libertad. Enemiga jurada de la arbitrariedad, escribió el

gran jurista, la forma es hermana gemela de la libertad. Es en efecto, el freno que detiene las tentativas de aquellos que arrastran la libertad hacia la licencia; la que dirige la libertad, al que contiene y la protege. La que dirige la libertad, la que contiene y la que protege. Las formas fijas son escuela de la disciplina y del orden, y por consiguiente de la libertad; son un baluarte contra los ataques exteriores: podrán romperse pero no plegarse. El pueblo, que profesa un verdadero culto a la libertad humana, que puede emplear cualquier medio con el fin de ella, no es yugo exterior sino vigía de su libertad» (Ihering, Ob. cit, III, págs.205-206).

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

CONTENIDO: 11.1. Aspectos preliminares 11.2. Los hermeneutas o intérpretes 11.3. Marco teórico conceptual 11.4. Clases de interpretación 11.5. Los métodos de interpretación 11.6. Las doctrinas de la interpretación 11.7. La interpretación constitucional.



11.1. ASPECTOS PRELIMINARES

La expresión interpretación procede de la voz latina:
INTERPRETARI = Venir en ayuda de algo o de alguien.

En su momento esta acepción se justificó, ya que los pontífices y, posteriormente, los jurisconsultos intervenían en auxilio de las personas, develando –los primeros– lo venidero por la «lectura» de las entrañas de los animales, o brindando –los segundos– los alcances de un texto jurídico.

Interpretar consiste en determinar o asignar un sentido a ciertos signos, expresiones o palabras, a fin de hacerlos «comprender» dentro de un determinado objeto. En este contexto, el sentido de algo es siempre incorporado mediante la interpretación, no se busca ni se desentraña, e interpretar deviene en declarar el sentido de una cosa (puesto no existe un sentido objetivo dentro de la norma, sino uno que se le atribuye y que derivado de una compleja constelación de significados).

«Las cosas, los signos, etc., no tienen un sentido en sí mismos, sino que adquieren significación en virtud de un acto de interpretación orientada a establecer el sentido y alcance de los preceptos jurídicos, en relación con un suceso o conjunto de sucesos a los cuales podrán o deberán aplicarse» (Tamayo, 1989).

En la actualidad, la interpretación jurídica permite describir una conducta dentro del ámbito de lo «legal» o lo «ilegal» (específicamente ello se produce al expedirse una resolución judicial o administrativa).

Abelardo Torre (1983) afirma que «interpretar una norma jurídica es regular la conducta por ella aludida, frente a una determinada realidad». La aplicación de la ley, sin embargo, no se constriñe

a la mera verificación del hecho que realiza la hipótesis contenida en la norma, ni deviene en la mera concesión de atribuciones o responsabilidades generales como consecuencia jurídica concreta, sino que la regular y metódica individualización de la norma aplicable a un caso concreto supone un tramo cognoscitivo y valorativo sumamente complejo, que obviamente la antecede como problema y cuestión teórica. La verdad legal no es fruto puro y exclusivo de una operación lógica, sino de una investigación plena que abarca toda la estructura del ser del Derecho.

Además, conforme lo establece Monroy (2003):

«el estudio de la interpretación de las normas jurídicas (...) es un tema esencial lo mismo en la teoría que en la práctica del Derecho. Sin interpretación, no hay posibilidad de que exista algún orden jurídico. (...) porque sin interpretación (...) no hay posibilidad alguna ni de observancia ni de (su) funcionamiento (...). No puede existir ningún orden jurídico sin función interpretativa, porque las normas están destinadas a ser cumplidas y, en su caso, aplicadas. Ahora bien, las normas generales - Constitución, Leyes, Reglamentos - hablan del único modo que pueden hablar: en términos relativamente generales y abstractos. En cambio, en la vida humana, en las realidades sociales en las cuales se debe cumplir y, en su caso, aplicar las leyes, son siempre particulares y concretas. Por consiguiente, para cumplir o aplicar una ley o un reglamento es ineludiblemente necesario convertir la regla general en una norma individualizada, transformar los términos abstractos en preceptos concretos. Y esto es precisamente lo que se llama interpretación».

Por otro lado, Monroy señala en la obra mencionada: «(...) Las normas jurídicas son actos de voluntad, y son instrumentos creados para la acción, es decir: utensilios para producir en la vida social, de una determinada sociedad en una cierta situación, unos especiales efectos, a saber: los efectos que el Legislador considera que son los más justos en la medida de lo posible (...)» (p. 627-665).

La interpretación de una norma jurídica consiste en esclarecer su sentido y precisamente aquel sentido que es decisivo para la vida jurídica.

Es necesario que tengamos en cuenta que las normas jurídicas son generadas dentro de un contexto social determinado o determinable, con la finalidad de producir en él ciertos resultados esperados por el legislador. Así por ejemplo podemos señalar que, al surgimiento de las bandas organizadas de delincuentes para cometer delitos de secuestro y otros, el legislador dentro de dicho contexto legisla para sancionar con penas severas esta conducta para disminuir dicho delito.

El orden jurídico positivo no sólo consta de normas generales (Constitución, leyes, reglamentos), sino que también existen normas particulares (contratos, estatutos sociales, etc) y normas individualizadas (sentencias judiciales y resoluciones administrativas). De esto se concluye que la existencia de las únicas normas jurídicas perfectas son las sentencias y resoluciones, por ser las únicas que pueden ser impuestas en forma inexorable, al ser individualizables. De ahí que las leyes son siempre una obra inconclusa.

Otro aspecto a resaltar es la función del juez que debe ser creadora en sus múltiples dimensiones: «... una pieza esencial e indiscartable del orden jurídico positivo, por cuanto este no solo consta de leyes sino también de la función jurisdiccional. El juez si bien es cierto debe obediencia a las leyes, pero las leyes no pueden operar por sí solas, sino únicamente a través de la interpretación que se las dé. Y, como se verá, el juez debe interpretar las leyes siempre en un sentido de justicia, es decir razonablemente».

Visto desde otra perspectiva, podemos afirmar que según la concepción práctica del Derecho, en cambio, la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento.

En esta definición se pone de relieve el carácter «bipolar» de la interpretación y se indica su vocación para conjugar ambas vertientes hasta hacerlas coincidir en un resultado satisfactorio para ambas.

«El Intérprete no está al servicio exclusivo ni de una ni de otra, sino en todo caso, de las dos a la vez, manifestando así una cierta autonomía frente a cada una de ellas que deriva del vínculo que lo hace depender de la otra» (Zagrebelsky Gustavo, p. 133).

Por último, en concordancia con lo señalado por Recasens Siches, podemos afirmar (...) que la única proposición válida que puede emitirse sobre la interpretación es la de que el Juez debe interpretar la ley del modo que lleve a la conclusión más justa para resolver el problema que tenga planteado ante su jurisdicción.

11.1.1. Planteamiento del problema de la interpretación

Tenemos varios niveles en la problemática jurídica de un caso determinado.

PRIMERO es saber cuáles son las normas existentes. Para dilucidar este primer nivel nos sirve la teoría de las fuentes del Derecho.



Una vez que hemos definido las normas aplicables.



Tenemos un **SEGUNDO** nivel de problemas que consiste en saber qué dicen esas normas jurídicas. A este efecto nos sirve la teoría de la norma jurídica.



Superados los dos niveles anteriores, nos encontramos con



Un **TERCERO** que consiste en averiguar exactamente qué quiere decir la norma. Este nivel debe ser abordado mediante la teoría de la interpretación.



La teoría de la interpretación jurídica es parte de la teoría general del derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma.

11.2. LOS HERMENEUTAS O INTÉRPRETES

Se constituyen como una especie de mediadores que se ubican entre el proceso de elaboración y el proceso de aplicación de las normas. Son los encargados de comunicar el significado que le atribuyen a las normas jurídicas.

Esta actividad es ejecutada por cinco agentes:

- a. **Los ciudadanos.** Realizan un tipo de interpretación denominada vulgar o común por sustentarse en el mero sentido común de las personas interesadas en los alcances de una norma específica.
- b. **Los abogados litigantes.** Realizan un tipo de interpretación denominada de parte contenciosa por ser la esgrimida por los letrados, en una causa judicial, para defender los puntos de vista del demandante, demandado, denunciante o denunciado.
- c. **Los juristas.** Realizan un tipo de interpretación denominada doctrinal o libre en razón de no encontrarse sujeta a pautas o intereses particulares. Su enunciación teórica se justifica en la búsqueda del progreso permanente del Derecho, mas carece de fuerza obligatoria.
- d. **Los magistrados.** Realizan un tipo de interpretación denominada judicial, que se da en el momento de sentenciar los casos sometidos a su competencia (esta forma de interpretación es obligatoria para las partes). Por extensión, el término incluye a los fiscales y a funcionarios con capacidad de decisión en la administración pública.
- e. **Los legisladores.** Realizan un interpretación denominada auténtica –la misma que se efectúa por el órgano legislativo que elaboró la norma– mediante la dación de una ley interpretativa, por lo que aquélla es obligatoria *in genere*. Esta

interpretación está reconocida en el inciso 1 del artículo 102 de la Constitución: «Son atribuciones del Congreso: (...) Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes».

11.3. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

11.3.1. Definición de interpretación jurídica

Interpretación es la acción de interpretar. Etimológicamente hablando, el verbo «interpretar» proviene de la voz latina *interpretare* o *interpretari*, palabra que, según el eminente Jurista uruguayo Eduardo J. Couture (1979), deriva de *interpres* que significa mediador, corredor, intermediario. El Diccionario de la Lengua española, en el sentido que nos interesa recalcar, define la voz «interpretar» como: «explicar» o «declarar el sentido de algo», y principalmente el de textos poco claros. Explicar, acertadamente o no, acciones, palabras o sucesos que pueden ser entendidos de varias formas.

El maestro español Luis Díez Picazo (1975) precisa que la locución latina «*inter-pres*» procede del griego «*meta fraxtes*», que indica al que se coloca entre dos para hacer conocer a cada uno lo que el otro dice. En este amplio y primigenio sentido, la palabra se utiliza aun hoy para designar al traductor que permite la comunicación entre dos personas que hablan lenguajes o idiomas diferentes. (p. 225)

Desde el punto de vista jurídico, entre los autores encontramos diversas definiciones acerca de lo que es la interpretación.

Así, Guillermo Cabanellas de Torres (1994) afirma que «La interpretación jurídica por excelencia es la que pretende descubrir para sí mismo (comprender) o para los demás (revelar) el verdadero pensamiento del legislador o explicar el sentido de una disposición» (p. 472).

En tanto, el ya clásico tratadista alemán Ludwig Enneccerus (1953) define la Interpretación de la norma jurídica como «Interpre-

tar una norma jurídica es esclarecer su sentido y precisamente aquel sentido que es decisivo para la vida jurídica y, por tanto, también para la resolución judicial. Semejante esclarecimiento es también concebible respecto al derecho consuetudinario, deduciéndose su verdadero sentido de los actos de uso, de los testimonios y del <usus fori> reconocido y continuo. Pero el objeto principal de la interpretación lo forman las leyes» (p. 197).

El eximio jurista y tratadista italiano Francesco Messineo conceptúa la Interpretación (o hermenéutica) de la ley (norma) diciendo: «... es la investigación y la penetración del sentido y del alcance efectivo de la norma (o sea, de la voluntad de la misma), esto es, 'la atribución de un significado' a la norma para medir su extensión precisa y la posibilidad de aplicación a la determinada relación social a regular. Es, pues, una operación lógica, de conocimiento» (p. 95).

Comentando el Art. 3º del Código Civil español, Manuel García Amigo (1979) sostiene que «El fenómeno de la interpretación de las normas jurídicas es común a todas ellas; queremos decir tanto a las públicas –ley, costumbre, P.G.D. – como a las privadas –lex negoti–: en ambos tipos de normas, la interpretación trata de buscar su verdad normativa, para aplicarla, para que sea ella quien conforme la relación intersubjetiva de intereses conflictiva» (p.190).

Considerándola como toda una teoría, Marcial Rubio Correa (1984) define la interpretación jurídica diciendo: «La teoría de la interpretación jurídica, ..., es la parte de la Teoría General del Derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma» (p.235).

Por su parte Ariel Álvarez Gardiol (1979) da la definición siguiente: «La Interpretación es la técnica que conduce a la comprensión del sentido de la norma jurídica» (sic). (p.289)

Ángel Latorre (1976) con pocas palabras, pero muy claramente, se limita a decir que la interpretación es «... determinar el sentido exacto de la norma» (p.93), mientras que Mario Alzamora Valdez (1982), refiriéndose al camino a seguir en la tarea de la Interpretación de la norma jurídica, explica que para aplicar las normas a los hechos es necesario descubrir los pensamientos que encierran las palabras hasta llegar a los objetos; es a este proceso al cual el maestro sanmarquino denomina interpretación. Nos dice además que el intérprete toma el lenguaje como punto de partida; sigue hasta el pensamiento y de allí al objeto. (p.257).

En buena parte de las definiciones aquí citadas, y en las que se puede encontrar de entre los muchos tratadistas que abordan este tema, se menciona a la palabra «sentido» (de la norma) como aquello que se debe encontrar, desentrañar, descubrir o develar a través de la Interpretación jurídica. Pero es preciso entender que la referencia al vocablo «sentido» está expresada en su acepción más amplia, es decir, se pretende expresar no simplemente hacia qué extremo y en qué dirección apunta una norma sino en general cuál es el alcance y el significado cierto y cabal de la norma jurídica.

En tal sentido estamos de acuerdo y nos sumamos a las palabras de nuestro maestro, Aníbal Torres Vásquez (2001) cuando dice: «¿Cómo establece el intérprete el sentido de la norma? En primer lugar, la labor del intérprete se dirige a descubrir o develar el sentido inmanente en la norma; en segundo lugar, como por lo general una norma evoca varios sentidos, selecciona o fija el sentido con el cual se obtenga la solución más justa del caso concreto; y en tercer lugar, si el sentido o sentidos de la norma no se adecuan a la nueva realidad social, el intérprete atribuye a la norma el significado que lo actualiza» (p.516).

Dado que las normas positivas y el Derecho vigente en general se expresan y difunden mediante el lenguaje, consideramos que interpretar no puede ser otra cosa que reconocer, descubrir, captar o asimilar el significado, sentido y alcance de la norma jurídica.

11.3.2. La naturaleza de la interpretación

A. Objeto, propósito y finalidad de la Interpretación

El objeto de una ciencia, materia o disciplina es aquello de lo que se ocupa o sobre lo que recae. Así, dado que la interpretación se ocupa o recae sobre el derecho, resulta obvio que es el derecho el objeto de la interpretación. El Derecho que es objeto de la interpretación puede provenir bien de una norma jurídica, de la costumbre o de los principios generales del Derecho; en cualquiera de estos casos la labor interpretativa estará presente, aunque en este trabajo nos ocupamos sólo del primer caso.

El propósito u objetivo de la interpretación (fin inmediato) es desentrañar el sentido y significado del Derecho.

Ludwig Enneccerus lo dice de la manera siguiente: «El objetivo de la Interpretación es el esclarecimiento del sentido propio de una proposición jurídica» (p.198).

El tema de la meta de la interpretación ha enfrentado a los partidarios del intelectualismo y a los del voluntarismo.

Los «intelectualistas» propugnan que la Interpretación es un acto de razonamiento, una operación lógico mental destinada a revelar el significado o sentido de la norma jurídica (interpretación propiamente dicha).

Los «voluntaristas», en cambio, entienden que la Interpretación no se queda en lo que esta palabra podría denotar, sino que dicha tarea llega a involucrar una labor mucho más acabada, mucho más compleja, una labor de creación en la que el juez podrá actuar con considerables parámetros de libertad.

Entre los voluntaristas destaca Hans Kelsen (1982), quien explica que «la interpretación de la norma es un acto de creación de una norma individual, el cual es, a su vez, un acto de voluntad en la medi-

da que se trata de llenar el marco establecido por la norma general» (pag.169).

Ariel Álvarez Gardiol, al comentar estas concepciones antagónicas, dice: «El célebre debate entre intelectualistas y voluntaristas no ha agotado –a mi juicio– ni con mucho, la intrincada madeja de elementos que se mueven alrededor de este complejo problema. Ni la interpretación es un proceso que se agota en una mera tarea de intelección del sentido de una norma, colocada allí para que el intérprete valore su significado, ni tampoco puede considerársela mero acto de voluntad del intérprete que decide a su arbitrio, el significado correcto para el caso» (p.290).

Además, la Interpretación jurídica tiene un fin (mediato) que es, a través de los tribunales, aplicar correctamente el Derecho a los hechos. Estamos de acuerdo con el jurista y profesor sanmarquino Jorge Carrión Lugo.

«Quien entiende que la tarea interpretativa no puede realizarse por simple interpretación, sino referida siempre a hechos materia de controversia y con la finalidad de establecer una norma específica (sentencia), pero igualmente con fines docentes (doctrinarios, científicos, particulares) es posible interpretar la norma refiriéndose a hechos hipotéticos o supuestos» (p.133).

Uno y otro han sido llamados por Rolando Tamayo & Salmorán (1986) y por otros autores como interpretación orgánica e interpretación no orgánica respectivamente. (p.156).

Aunque los científicos del Derecho interpreten no con la finalidad de aplicar el Derecho a un caso concreto, su labor a la larga tiende a cumplir esta finalidad, pues como bien dice Karl Larenz (1980), «éstos facilitan, en cierto modo, el trabajo a la jurisprudencia de los tribunales, al mostrar los problemas de la interpretación y las vías para su solución; pero aquélla somete a prueba los resultados en la

confrontación con la problemática del caso particular y, por tanto, necesita constantemente de la Ciencia del Derecho para la verificación» (p.310).

B. Las tesis subjetiva y objetiva

Sobre las posiciones del intelectualismo y del voluntarismo podrá haber sin duda una gran discrepancia, pero podemos advertir una confusión que se acentúa aún más cuando se tiene que determinar de dónde se obtiene el sentido o significado que se debe lograr a través de la interpretación.

Para contestar esta pregunta encontramos dos tendencias que dan respuestas diferentes: el subjetivismo y el objetivismo.

Los partidarios del subjetivismo (que es la teoría más antigua) sostienen que para interpretar una norma debe tenerse como punto de referencia al legislador con el propósito de desentrañar de su mente lo que éste quiso decir. Entienden que lo que se manda en la ley es la voluntad del legislador (*mens legislatoris*), quien es su autor, y que la norma jurídica sólo es un medio o instrumento para expresar ese mandato; entonces el intérprete debe llegar a lo que el legislador quiso decir para interpretar correctamente la norma.

Los partidarios del objetivismo, en cambio, creen que sólo lo que aparece redactado en la ley es lo objetivamente dispuesto como mandato, que una vez publicada la ley, ésta se desprende de sus autores y adquiere vida y espíritu propios, en consecuencia es la voluntad de la ley (*mens legis*) lo que debe descubrirse, porque en ella está lo objetivamente querido. Es evidente, como bien manifiesta el profesor español Ángel Latorre Segura, «que la norma no puede tener voluntad y por ello, cuando, de acuerdo con el Objetivismo, se habla de “voluntad de la ley”, está sumamente claro que esta referencia se hace únicamente en sentido metafórico».

Con su gran estilo, el maestro Mario Alzamora Valdez explica que «la primera teoría (el subjetivismo) sostiene que la ley no puede ser entendida de otro modo que como “mandato” que es voluntad dirigida a regular las relaciones jurídicas, y que dicho mandato proviene de la mente del legislador, en tanto que la segunda (el objetivismo) se apoya en la forma como se originan las normas, en el valor de éstas consideradas en sí mismas, y en el carácter de los objetos culturales, para atribuir a la ley un sentido independiente de lo querido por su autor» (p.259).

Creemos que la norma jurídica, como creación humana, es concebida sólo en el pensamiento humano por lo que consideramos que su origen será siempre la mente del legislador, más allá de que una vez puesta en vigencia pueda expresar por sí misma y objetivamente un significado claro e inequívoco. Entendemos que de ello son conscientes los partidarios del objetivismo y por esta razón es que la teoría que esbozan, no puede limitarse, como en efecto no se limita, solamente a exponer sus razones, sino que además va más allá explicando los motivos por los que el subjetivismo no puede ni podrá nunca sustentar debidamente sus puntos de vista.

En tal sentido, los partidarios de la tesis objetiva fundamentalmente sostienen que determinar quién es el legislador cuya voluntad ha de ser interpretada es una tarea nada práctica, porque las personas e instituciones involucradas en la redacción y aprobación de una ley (en la actividad de legislar) son numerosas y constantemente cambiadas, renovadas o relevadas, lo que hace imposible determinar cuál entonces será la voluntad de legislador.

Por otro lado, argumentan que las leyes suelen durar muchos años y se transmiten hasta por generaciones, produciéndose así un inevitable arcaísmo cuando los tribunales no deben sustraerse al espíritu de su tiempo ni dejar de lado nuevas exigencias sociales, culturales, económicas, valorativas, etc..

Por ello, concluyen los objetivistas, que al ser puesta en vigencia la ley se despoja ésta del pensamiento del legislador para ir a vivir una vida propia e independiente; se convierte en una entidad separada de su fuente directa, y esencialmente subordinada al medio social y a sus transformaciones.

De este modo, entendemos que los partidarios del objetivismo intentan decirnos que no simplemente tratan de exponer la mejor tesis, sino sólo la única realista y sensatamente posible.

Karl Larenz «considera que a cada una de estas teorías corresponde parte de verdad y que por ello ninguna puede aceptarse sin limitaciones. Dice también que la verdad de la teoría subjetiva es que la ley jurídica, a diferencia de la natural, es hecha por hombres y para hombres, es la expresión de una voluntad dirigida a la creación de un orden justo; en cambio, la verdad de la teoría objetiva es que una ley, tan pronto es aplicada, despliega una actividad peculiar a ella, que va más allá de lo que el legislador había intentado» (p.312).

11.4. CLASES DE INTERPRETACIÓN

11.4.1. Las fuentes de la interpretación

Siendo la Interpretación una actividad humana, ésta proviene de la persona, el sujeto o autor que la realiza; es decir, el intérprete.

Desde tal punto de vista la interpretación puede ser doctrinal o científica, judicial o jurisprudencial y auténtica o legislativa.

a) La «interpretación doctrinal»

Es como su nombre claramente lo indica, la interpretación practicada por los doctrinarios, por los teóricos, por los juristas o jurisconsultos, por los tratadistas, por los estudiosos del Derecho y, en general, por quienes se dedican a la ciencia del Derecho; de ahí que también se le conozca a esta Interpretación como «científica».

La interpretación doctrinal si bien se caracteriza por no ser obligatoria, sin embargo, por su carácter científico y por la autoridad de quienes la practican, es la que termina siendo predilecta.

Ludwig Enneccerus, refiriéndose a la Interpretación doctrinal o científica, afirma que ésta con frecuencia se divide en gramatical y lógica, «según que derive sus argumentos del lenguaje (es decir, de las leyes de la gramática y del uso del lenguaje) o de su relación con otras leyes, del mayor valor de uno u otro resultado» (p. 198).

b) La «interpretación judicial»

Es la practicada por los jueces y tribunales para emitir sus decisiones (sentencias y demás resoluciones motivadas jurídicamente) en las cuales esta interpretación queda plasmada. Para Couture ésta es la preferida de quienes han trabajado en este campo de la teoría general del Derecho. En efecto, es mediante la que realizan los jueces que la interpretación tiene vida práctica, pues su carácter obligatorio la hace trascender directamente en la vida en sociedad.

En la medida que provenga de instancias más elevadas la interpretación judicial, sentada en los precedentes, tenderá a influenciar con mayor autoridad y frecuencia.

En los países en los que existe el recurso de casación la interpretación judicial resulta obligatoria para los órganos jurisdiccionales de instancias inferiores si se emite en los términos y condiciones legalmente exigidos. Así, en nuestro país, es el Art. 384° del Código Procesal Civil (C.P.C.) el que designa a la correcta interpretación del Derecho como uno de los fines esenciales del recurso de casación. El Art. 386° inc. 1 es el que incorpora a la «interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial» como una de las causales que permiten interponer el recurso de casación y es el Art. 400° el que prevé cuáles son los requisitos y condiciones para que el precedente allí sentado sea considerado

como doctrina jurisprudencial que vincule a los demás órganos jurisdiccionales del Estado.

c) La «interpretación auténtica»

Es la realizada por el propio autor de la norma. Se dice también que es la efectuada por el legislador o, mejor dicho, por el poder legislativo, en el entendimiento de que éste es el autor de la norma y de ahí que a esta interpretación se le denomine también «interpretación legislativa». Pero lo importante para saber que estamos ante una interpretación auténtica es comprender que ésta ha sido hecha por el propio autor de la norma, tanto así que incluso se ha denominado interpretación auténtica a la interpretación realizada por el propio juez o doctrina jurisprudencial. Cuando una de las salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en sala plena para discutirlo y resolverlo.

La decisión que se tome en mayoría absoluta por los asistentes al pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio...». Igualmente se ha considerado interpretación auténtica a la que realizan las partes contratantes respecto del contrato que celebraron, a la efectuada por el funcionario público respecto del acto administrativo o norma que emitió, etc.

Existe cierta divergencia en cuanto a entender si la interpretación auténtica es la realizada estrictamente por la misma persona que elaboró la norma, o por el órgano que ésta representaba o en nombre del cual la dictó. Tradicionalmente la tendencia ha sido la de entender que habrá verdadera interpretación auténtica sólo cuando ésta haya sido hecha por la misma persona que redactó la norma y aun así hoy se considera en estricto sentido que sólo en este caso hay interpretación auténtica.

Pese a ello, esta tendencia ha venido cambiando y actualmente también se tiende a considerar interpretación auténtica a la realizada por aquella persona que, sin ser la que redactó la norma, la hace ocupando el mismo cargo de quien la elaboró.

Al respecto, Werner Goldschmidt (1983), hijo del eminente procesalista James Goldschmidt, sostiene que: «El concepto tradicional de la interpretación auténtica, ..., se desvió ..., y no se considera intérprete auténtico al mismo individuo que formuló la norma de cuya interpretación se trata, sino a aquellas personas capaces en su caso de sustituir la norma a interpretar...» (p.257).

La interpretación auténtica, en relación al tiempo, puede ser preventiva y a posteriori.

La interpretación auténtica preventiva, también denominada contextual, viene ya incluida en el propio texto o cuerpo de normas del precepto a interpretar. Ejemplos muy frecuentes de interpretación auténtica preventiva los encontramos en las normas que dentro de un mismo código o cuerpo normativo establecen definiciones, pues según acertadamente concluye Francesco Messineo:

«siendo estas normas no expresadas en términos de mandato sino de concepto, más que normas autónomas, son elementos de otras normas, respecto de las cuales aclaran el alcance y el sentido» (p.100).

La interpretación auténtica a posteriori se presenta después de la entrada en vigencia de la norma interpretada y constituye una nueva norma, porque como dice Guillermo Cabanellas de Torres:

«... carece de valor la simple opinión o comentario, con publicidad periódica o de otra índole» (p. 472).

En similar sentido se pronuncia Ludwig Enneccerus al referirse a la interpretación (a posteriori) diciendo que:

«... en rigor no se trata de interpretación, sino de una nueva ley o de un nuevo derecho consuetudinario y, en determinadas circunstancias, con la sola particularidad de haberse de aplicar como si su contenido se hallare ya implícito en la ley interpretada» (p.198).

Normal y comúnmente la interpretación auténtica será a posteriori, por lo que no es de extrañar que, entre otros autores, para el maestro Eduardo J. Couture:

«la interpretación auténtica sea solamente el texto rigurosamente dispositivo de una ley posterior que determine el alcance de una ley anterior. Queda en cualquier caso sumamente claro que la interpretación auténtica se expresa solamente a través de una norma y no mediante el simple parecer o explicación del funcionario que emitió la norma interpretada» (p.35).

11.4.2. Los alcances de la interpretación

La interpretación por su alcance o extensión puede clasificarse como interpretación declarativa e interpretación modificativa. Esta última, a su vez, puede ser extensiva y restrictiva.

a) La interpretación declarativa (o estricta)

Esta clase de interpretación es la que asigna a la norma un alcance determinado o delimitado, es también conocida como interpretación estricta, y se presenta cuando al interpretar el operador jurídico se ciñe a lo que dice la norma, limitándose a aplicarla a los supuestos estrictamente comprendidos en ella. No faltan quienes creen que la interpretación declarativa no es otra que la interpretación gramatical o literal, pero en aquella basta que sólo su alcance sea claro y no necesariamente también su sentido como sí se requiere en esta última.

Por ello, el tratadista español José Puig Brutau (1987) afirma «que la interpretación declarativa no siempre queda limitada a ser

una interpretación literal en el sentido de comprobar que el texto es claro y su letra revela fielmente el contenido» (p.97).

El mexicano José Luis Hernández Ramírez (1995) menciona que la interpretación declarativa «se refería a los casos en que supuestamente se creía que las palabras reproducían fielmente el pensamiento de la regla».

Como bien explica el maestro Mario Alzamora Valdez,

«la interpretación declarativa es la de más corriente uso y su objeto es el de explicar el texto de la ley. Refiere asimismo que este procedimiento se emplea cuando las palabras son imprecisas u oscuras y se busca desentrañar a través de ellas la mente de la ley y la del legislador» (p.261).

b) La interpretación modificativa

Esta interpretación es la que enrumba el alcance de la norma cuando, en relación a lo que pretendía el legislador, ésta ha sido expresada con excesiva estrechez, en cuyo caso deberá efectuarse una interpretación extensiva, o con excesiva amplitud, en cuyo caso deberá efectuarse una interpretación restrictiva.

La interpretación extensiva

En esta clase de interpretación lo que hace el operador jurídico o intérprete es extender el alcance de la norma a supuestos no comprendidos expresamente en ella, por considerar que habría sido voluntad del legislador comprender tales supuestos en la norma por aplicar.

El tratadista Werner Goldschmidt dice: «Si resulta que la norma en su sentido lingüístico usual se queda a la zaga de la voluntad auténtica de su autor, hay que ensancharla para que llegue a alcanzar aquél» (p.268).

La interpretación extensiva –explica el profesor Mario Alzamora– se da cuando los términos de la ley expresan menos de lo que el legislador quiso decir, y se trata de averiguar cuáles son los verdaderos alcances de su pensamiento. Por ello es que concluye que «más que extensiva es esta interpretación 'integrativa' puesto que su objeto es referir la norma no a casos nuevos sino a aquellos que contiene virtualmente, porque si así no fuera no sería interpretación sino creación» (p.261).

Los procedimientos de interpretación extensiva son el argumento a pari, que consiste en referir al caso no previsto la misma consecuencia que al previsto por identidad de razón entre ambas hipótesis. El argumento a fortiori se da cuando los hechos constitutivos de la hipótesis de una norma son más claros y evidentes en situaciones no comprendidas expresamente por aquella (si la ley permite lo más, permite lo menos; si prohíbe lo menos, prohíbe lo más). El argumento a contrario consiste en reformular una norma en su sentido contrario para solucionar los casos contrarios imprevistos.

La interpretación restrictiva

Al contrario de lo que sucede en la interpretación extensiva, en la interpretación restrictiva se restringe el alcance de la norma apartando de ella determinados supuestos que se encontrarían incluidos de acuerdo con la redacción de su texto, pero que se entiende que no fue voluntad del legislador comprenderlos dentro de éste.

Alberto Trabucchi (1967) lo explica del siguiente modo:

«La interpretación restrictiva se dará cuando la interpretación lógica restrinja el significado propio de la expresión usada por la ley...» (p.49).

11.5. LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

Con el propósito de alcanzar la significación y el mensaje de las normas, diversos métodos han sido propuestos y desarrollados. Entre éstos tenemos los siguientes métodos clásicos a los cuales ya hacía referencia **Savigny**: el gramatical, el lógico, el sistemático y el histórico. Se puede considerar entre éstos también al método teleológico que muchos autores consideran dentro del método lógico.

La Escuela de la Exégesis tenía un procedimiento de interpretación que durante su apogeo llegó a combinar los métodos literal, lógico, sistemático e histórico. La Escuela Histórica también utilizó este método en clara muestra de que los métodos no se aplican aisladamente por sí solos, sino que se combinan en la tarea por alcanzar la misión de develar el contenido más exacto posible de la norma.

Veamos ahora, pues, los métodos a desarrollar:

11.5.1. Método gramatical

El método gramatical, también conocido como literal, es el más antiguo y es exclusivo de las épocas anteriores a la Revolución Francesa en que existía alguna desconfianza en el trabajo de los jueces, razón por la cual éstos se encontraban obligados a ceñirse al sentido literal de la ley.

Según Claude Du Pasquier consiste en deducir de las palabras mismas, de su lugar en la frase y de la sintaxis, de la misma puntuación, el sentido exacto del artículo de que se trata.

Según Alberto Trabucchi la Interpretación literal se realiza de conformidad con el uso de las palabras y con la conexión de éstas entre sí. El referido autor critica este método de interpretación por cuanto considera que también el que actúa en fraude de la ley observa su sentido literal y porque la obstrucción legal no es en el fondo más que la aplicación totalmente literal de las normas jurídicas.

Según Luis Hernández Ramírez, «el gramatical (el cual presenta rasgos no sólo de confusión superlativa, sino errores crasos). Quienes hablan de este método de interpretación se olvidan de dos puntos fundamentales: el primero, que las palabras sueltas, aisladas, por sí solas no tienen un sentido preciso e inequívocamente definido, pues éste empiezan a adquirirlo dentro del contexto de la frase; segundo, que ni siquiera la frase tiene una significación determinada por sí propia, ya que su genuina significación la adquiere dentro del contexto real en que es emitida, dentro de los puntos de referencia del contorno o circunstancia, es decir, con referencia al motivo y además también con referencia al propósito».

En síntesis, con las limitaciones que pudiera tener el método gramatical o literal, es aquél por el que mediante su utilización se persigue descubrir el significado y sentido de la norma a través del estudio y análisis de la letra de su propio texto.

11.5.2. Método lógico

El método lógico es aquél que utiliza los razonamientos de la lógica para alcanzar el verdadero significado de la norma. Según Alzamora (1956), «este método consiste en la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen sus diversas partes» (p.12).

Luis Díez Picazo habla de la existencia de una serie de reglas como el argumento (la maiore ad minus) (el que puede lo más puede lo menos); (a minore ad maius) (quien no puede lo menos tampoco puede lo más); a contrario (la inclusión de un caso supone la exclusión de los demás); (a pari ratióne) (la inclusión de un caso supone también la de un caso similar). (Díez, 1975, p.16)

11.5.3. Método sistemático

El método sistemático introduce la idea de que una norma no es un mandato aislado, sino que responde al sistema jurídico normativo orientado hacia un determinado rumbo en el que, conjuntamente

con otras normas, se encuentra vigente; que, por tanto, siendo parte de este sistema, y no pudiendo desafinar ni rehuir del mismo, el significado y sentido de la norma jurídica podrá ser obtenido de los principios que inspiran ese sistema, principios y consiguiente significado y sentido que incluso pueden ser advertidos con mayor nitidez del contenido de otras normas del sistema.

Alberto Trabucchi sostiene que en un cierto sentido el ordenamiento jurídico se compara a un complejo organismo viviente y coordinado en sus elementos; es un todo orgánico, un sistema completo y complejo que no admite contradicciones. Explica que así, una norma jurídica que en sí misma tiene un significado, puede adquirir un sentido distinto cuando se pone en relación con las demás normas que constituyen el derecho vigente.

11.5.4. Método histórico

Por el método histórico se pretende interpretar la norma recurriendo a sus antecedentes, como las ideas de sus autores al concebir o elaborar los proyectos, los motivos que propiciaron la redacción y emisión de la ley, informes, debates, etc.

Mario Alzamora Valdez identifica el método histórico con el de la exégesis seguramente por tener ambos algunos rasgos de similitud. Afirma que este método es aquél que tiene por objeto el estado del Derecho existente sobre la materia en la época en que la ley ha sido dada: determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer.

Claude Du Pasquier explica que este método consiste en investigar el estado de espíritu en que se encontraban los autores de la ley; los motivos que los han llevado a legislar y cómo se han representado la futura aplicación de los textos elaborados. A este efecto, se examinan los primeros proyectos de la ley que se trata y se les compara

con el texto definitivo para saber en qué sentido el poder legislativo ha precisado o transformado su pensamiento.

Según Karl Larenz debe tenerse en cuenta para averiguar el sentido de la ley normativamente decisivo y, sobretodo, la intención reguladora del legislador y las decisiones valorativas por él encontradas. Así, para conseguir manifiestamente esa intención siguen siendo pauta vinculante para el juez, incluso cuando acomoda la ley a nuevas circunstancias no previstas por el legislador o cuando la complementa.

11.5.5. Método teleológico

Este método en su denominación tiene el prefijo «tele» que significa fin. El método teleológico es, entonces, el que pretende llegar a la interpretación de la norma a través del fin de la misma, buscando en su espíritu la finalidad por la cual la norma fue incorporada al ordenamiento jurídico.

Según Paredes (2012), «supone la búsqueda del sentido de la norma, que va más allá del simple texto; exige encontrar la finalidad propuesta con su creación; hallar el propósito perseguido por la misma» (p.49).

Algunos autores entienden que la finalidad de la norma está en su «ratio legis», es decir, en su razón de ser. Tal es el caso, por ejemplo, del jurista Claude Du Pasquier quien afirma que «según el punto de vista en que uno se coloque, la *ratio legis* puede ser considerada como el fin realmente querido por el legislador en la época de elaboración de la ley.

Comentando la interpretación teleológica, Raúl Peña Cabrera dice que si la ley es clara basta con la interpretación gramatical, sin embargo, puede ocurrir que la ley sea un tanto oscura, en tal caso es conveniente apuntar a la intención de la norma, es decir considerar la «ratio legis». La captación del espíritu de la ley implica el empleo de procedimientos lógicos y valorativos.

11.5.6. Método empírico

Este es el método atribuido a la Escuela de la Exégesis en sus inicios, el cual consistía en investigar empíricamente la voluntad del legislador; es decir las palabras de la ley y la intención del legislador como hechos.

El profesor Ariel Álvarez Gardiol precisa respecto a este método lo siguiente: «El método empírico postulado por la Exégesis es un recomponer los hechos efectivamente pensados por los legisladores, es un 'repensar' algo ya pensado».

Según la fórmula de August Boeckh, esta reconstrucción del pensamiento del legislador está temporalmente situada, es concreta y finita, a diferencia de la voluntad de la ley, que es por cierto intemporal. Esto último perseguía indudablemente consolidar una absoluta ruptura con el pasado, que permitía llegar en el examen de la ley no más allá de la voluntad psicológica del legislador.

11.5.7. Métodos exégitos

Es el más antiguo, su formulación inicial correspondió al jurista francés Blandeau. Expresa que la ley debe ser el origen único de las de las decisiones jurídicas y debe interpretarse de acuerdo con su texto. Para los partidarios de este método, la interpretación consiste en una declaración del texto y no en modo alguno, en una cabal y genuina exposición de su sentido.

Características

- Expone un culto sacralizado al texto de la ley.
- Considera la voluntad legislativa como la pauta suprema para establecer la aclaración del significado de la ley.

11.5.8. Método de libre investigación científica

Su inspirador fue el tratadista francés Francois Geny en su obra «Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo».

Dicho autor consideró que el jurista debe ser un hombre que medite sobre los datos de la naturaleza para organizar el orden jurídico y dirigir racionalmente su accionar dentro de la sociedad.

La finalidad, prima facie, de este método se aferra indeclinablemente a descubrir el pensamiento del legislador. El autor afirma que «interpretar la ley equivale a investigar el contenido de la voluntad legislativa, con el auxilio de lo que ella expresa».

El método es denominado libre porque sustrae a la autoridad de toda norma positiva y científica, pues no puede encontrar bases sólidas más que en los elementos objetivos que solo la ciencia puede relevar. Para su interpretación, el juez debe desprenderse de todo influjo personal y fundar su decisión jurídica sobre elementos de naturaleza objetiva. El método jurídico debe tener por preocupación dominante descubrir, en efecto la ayuda de las fuentes formales, los elementos objetivos que determinan todas las soluciones exigidas por el derecho positivo. En vez de concepciones subjetivas, el intérprete debe descubrir principios seguros que solo puede darle el examen atento de la naturaleza de las cosas. Dicha naturaleza de las cosas «descansa sobre este postulado: que las relaciones de la vida social o más generalmente, los elementos de hecho de toda organización jurídica(o al menos), llevan en sí las condiciones de su equilibrio y descubren, por decirlo así, ellas mismas, las normas que deben regirlas» (Gerardo, 2010, p.411).

Características

- Considera la norma escrita como una manifestación de la voluntad del legislador, antes que la expresión de un principio lógico.
- Estima que en primera instancia, debe esclarecerse el propósito del legislador al dictar la norma.
- Plantea la utilización de criterios supletorios como la costumbre y la doctrina; e incluye en defecto de ella, la denominada libre investigación científica.

11.5.9. El método de la escuela de derecho libre

Para el autor HERMAN KANTOROWIECZ, este método trata de eliminar la hegemonía de la lógica hasta su propia ley; y considera la interpretación como una verdadera creación normativa. Se atribuye al juez plena libertad en la decisión jurisdiccional; la misma que se basa en factores irracionales frente a la norma. Se entiende que el fallo judicial deviene solo en un instrumento de coordinación; amén de cautelador de la costumbre y las prácticas sociales. Así la ley expresa la mera «justificación» de dicha decisión (p.142).

Podemos decir que para esta escuela, el juez no solo descubre sino que crea el Derecho. En esta labor tiene como finalidad la realización de la justicia. (Gerardo, 2010, p.213)

Características

- Repudia las tesis que dan suficiencia absoluta a la norma.
- Afirma que el juez debe realizar por la insuficiencia de aquella, una labor creadora.
- Considera que la función del juzgador consiste en aproximarse lo más posible a la actividad legislativa.
- Considera que la actividad judicial es la productora cabal del derecho, otorgándole a la jurisprudencia el primer lugar entre las fuentes formales.

11.5.10. Método histórico evolutivo

El principal tratadista francés Raymond Saleilles sostiene que no debe concebirse el sentido de la norma como la voluntad de su autor, ya que una vez dictada se independiza de su creador; por ende, adquiere autonomía y su propio ser cuyo destino es satisfacer un presente renovado.

El propósito es que debe adaptarse a la realidad (siempre sujeta a continuo cambio) mediante progresivas modificaciones de la interpretación misma.

Este método concibe la ley como la expresión de las necesidades históricas sociales que motivaron su sanción. Es decir, que la interpretación pueda variar según el tiempo y según las necesidades socio-económicas del momento de su aplicación. (Gerardo, 2010, p.419)

Características

- Define la idea de la finalidad de la norma.
- Busca afirmar determinados resultados morales, políticos o económicos que aparecen como deseables para la sociedad en un momento determinado.
- Orienta el hallazgo de la voluntad objetiva de la norma, llamada a cumplir determinados propósitos o fines, así como a llenar necesidades sociales que es preciso continuar satisfaciendo mediante cambios progresivos en su interpretación. (Victor García Toma, p.149)

11.6. LAS DOCTRINAS DE LA INTERPRETACIÓN

Existe una gama bastante variada de doctrinas o teorías sobre la Interpretación jurídica, pero entre las más conocidas y vinculadas o referidas a los sistemas normativos, bien para aplicarlos o para dejar de aplicarlos, tenemos las siguientes:

11.6.1. La teoría de la exégesis

La Escuela de la Exégesis se basa en que la Interpretación jurídica debe necesariamente consistir en la consulta de la ley como fuente única y exclusiva del Derecho. Los exegetas sostienen que el Derecho es la ley.

La interpretación de la ley es la averiguación de la voluntad real del legislador y toda interpretación que no sea tal debe ser rechazada.

Se ha afirmado reiteradamente que mediante la exégesis se procede a la interpretación del Derecho a partir de un texto legal.

Al comentar la exégesis, Ariel Álvarez Gardiol refiere que «el texto de la ley es sólo la reproducción histórica normativa de la voluntad del legislador y lo que el jurisconsulto debe aplicar, no es meramente el texto, sino éste en cuanto traducción de la intención de un legislador efectivo» (p.99).

Esta teoría dio lugar a un método que empezó a desarrollarse en Francia a principios del siglo XIX y hasta aproximadamente el año 1880 en que tuvo su apogeo; luego decae hasta más o menos el año 1900, siendo Francisco Géný quien se encarga de sepultarlo. Su desarrollo se dio sobre todo en el campo del Derecho privado y particularmente en el comentario al Código de Napoleón de 1804.

El jurista argentino Roberto J. Vernengo (1977)

Explica que el método exegético consistía, en sus formas primitivas, en un conjunto de recetas destinadas a orientar al juez en su labor de interpretación del texto legal, en su procesamiento de la información normativa de partida. Ambos elementos –repertorio de recetas prácticas, confusión del derecho con la ley– autorizan, nos dice, ciertas críticas sobre las tesis, expresas o tácitas, que la exégesis francesa del siglo pasado (se refiere al siglo XIX) había sostenido sobre la índole o naturaleza del derecho, defendiendo bajo rótulos teóricos y metodológicos, ciertas notorias ideologías políticas, conservadoras o reaccionarias. Porque, en última instancia, la exégesis presupone un dogma; y este dogma, un tanto blasfemo si se quiere, postula la presencia real del legislador en la ley. Para la exégesis, una norma es siempre expresión del acto de un individuo privilegiado, a saber: el legislador e interpretar la ley consistía en reconstruir fielmente lo que el autor del texto legislativo había pretendido. Tradicionalmente esto se expresa diciendo que la exégesis se propone reconstruir la voluntad del legislador. Se supone, así, que, de alguna manera, las normas jurídicas son expresión, en el plano del lenguaje, de actos volitivos que son la manifestación de la voluntad real del legislador. (p.269- 270)

Harto conocidas, y citadas por muchos estudiosos sobre la materia, son las frases de Bugnet «yo no conozco el derecho civil» y «no enseño más que el Código de Napoleón» y la de Demolombe «mi divisa, mi profesión, mi fe, es ésta: los textos sobre todo».

El tratadista alemán Werner Goldschmidt «señala como notas distintivas de la Escuela de la Exégesis las siguientes:

1. El Derecho positivo lo es todo y todo Derecho positivo está constituido por la ley; culto al texto de la ley; sumisión absoluta.
2. Interpretación dirigida a buscar la intención del legislador. Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete. Este no tiene por misión hacer el Derecho; el Derecho está hecho.
3. Descubierta esa intención y establecido el principio fundamental que consagre, es preciso obtener todas las consecuencias, dar a la norma la extensión de que sea susceptible, sirviéndose de un proceso deductivo; y sin más punto de apoyo que el raciocinio y la habilidad dialéctica.
4. Se niega valor a la costumbre; las insuficiencias a la ley se salvan a través de la misma mediante la analogía.
5. Se tienen muy en cuenta los argumentos de autoridad, con el consiguiente respeto a las obras de los antecesores.
6. En suma, se atribuye al Derecho un carácter eminentemente estatal: “Dura lex sed lex”. Las leyes naturales sólo obligan en cuanto sean sancionadas por las escritas. (p. 269, 270)

Esta teoría, como habíamos aludido, fue duramente criticada por Francisco Gény. Mario Alzamora Valdez precisa que Gény acusó que el principal defecto de la exégesis consistía en “inmovilizar el Derecho”, mencionando también que adolecía de un desordenado subjetivismo y que como obra humana era incompleta y que requería de otras fuentes del derecho» (p.263).

11.6.2. Teoría dogmática

La teoría dogmática no es reconocida por muchos autores que la tratan dentro y como la parte de la teoría exegética en la que predominó el racionalismo jurídico.

La dogmática, si es que no fue una corriente de pensamiento independiente, vendría a ser algo así como la etapa de apogeo de la exégesis que adquirió relevancia a partir de la segunda mitad del siglo XIX y que se caracterizó por su gran influencia racionalista. Por ello se ha sostenido que mientras los antiguos exegetas recurrieron a la investigación mediante un método empírico; es decir, la recolección de datos empíricos para determinar las palabras de la ley y la voluntad del legislador como hechos, el dogmatismo o la exégesis ya desarrollada rechazó esta tendencia y propuso entender la ley no empíricamente sino objetiva y sobre todo lógicamente, es decir como razón.

Mientras la exégesis persigue encontrar la interpretación correcta a través de la búsqueda de la voluntad del legislador, la dogmática persigue encontrar lo mismo en el propio texto de la ley.

11.6.3. Teoría de la evolución histórica

El método de la evolución histórica, sustentado por Raymond Saleilles en su «Introducción á l'etude du droit civil allemand», explica el profesor Mario Alzamora Valdez, considera que la interpretación en vez de buscar la voluntad subjetiva del legislador, debe perseguir el mejor modo de aplicación de la ley conforme a su fin. La finalidad de la ley, o sea el propósito que ésta se halla llamada a cumplir, explica el maestro sanmarquino, debe adaptarse a las necesidades sociales sujetas a continuo cambio, mediante progresivas modificaciones de la interpretación misma. Este método exige que se dote a los jueces de amplias facultades y que a la vez se les señale ciertas bases objetivas. Entre estas últimas merecen considerarse la

analogía, la conciencia jurídica colectiva, que está sobre las apreciaciones subjetivas, y el derecho comparado que señala pautas para la evolución del derecho nacional.

Partiendo de que toda ley tiene una finalidad, esta teoría intenta sostener que es a través de ésta que la ley puede correr paralelamente al continuo cambio del tiempo, adaptándose así a la nueva realidad social y, por tanto, a las nuevas necesidades sociales.

11.6.4. Teoría de la libre investigación científica

Francisco Gény, en medio de una fuerte y despiadada crítica contra la exégesis, elabora la teoría de la «libre investigación científica», también llamada simplemente «científica». No niega que la interpretación debe siempre primero buscar la voluntad del legislador, pero, en caso de lagunas en la legislación, el intérprete debe valerse de otras fuentes, como la costumbre, e incluso en la naturaleza de las cosas mediante lo que él denomina la «libre investigación científica».

Con el propósito de captar la voluntad del legislador, Mario Alzamora Valdez explica que, según esta teoría, el intérprete debe recurrir en el orden siguiente:

- a) Al método gramatical, con el fin de aclarar los textos;
- b) Deberá después apelar a la lógica para buscar el sentido de la ley relacionándola con otras normas dentro de un sistema;
- c) Si estos métodos son insuficientes, estudiará los trabajos preparatorios de la ley, informes parlamentarios, notas de los codificadores o autores a la ley subrogada;
- d) Siguen a los citados procedimientos, la investigación de otras fuentes formales (la costumbre, la autoridad y la tradición), y

- e) A falta de todo apoyo formal para llenar las lagunas queda el mérito de la «libre investigación científica». Se denomina así –libre– porque se encuentra sustraída a toda autoridad positiva y científica, apoyándose en bases objetivas reveladas por la ciencia.

Werner Goldschmidt entiende que la más importante aportación de Gény al tema de la interpretación es su distinción entre interpretación en sentido estricto e integración. Por eso recalca que Gény sostuvo que si bien la interpretación de una norma debe inspirarse en la voluntad de su autor, si no hallamos norma alguna, entonces se procederá a la integración y a la creación de una nueva norma que ha de ser justa.

11.6.5. Teoría del Derecho libre

Tal como su denominación lo sugiere, esta teoría propugna la total libertad del juez en la interpretación del derecho que deberá aplicar, a tal punto de poder hacer a un lado el derecho contenido en la norma jurídica (derecho positivo, ley). Es decir, según esta teoría, los jueces son independientes de las leyes y sus decisiones no deben obligatoriamente estar sujetas a éstas. El propósito que conlleva el proponer a favor de los jueces estas atribuciones de total libertad e independencia respecto de la ley está dado por el anhelo de llegar a la justicia que muchas veces se pierde o distorsiona en los mandatos normativos provenientes del derecho positivo.

Esta teoría, según reseña Claude Du Pasquier,

«Surge en medio de una gran protesta contra los excesos de la abstracción jurídica, mal que se agravó después de la entrada en vigencia del Código Civil alemán de 1900. Aparece entonces, en 1906, la obra “La Lucha por el Derecho”, escrita por el Profesor Hermann Kantorowicz bajo el pseudónimo de Gnaeus Flavius» (p.154, 155).

Ariel Álvarez Gardiol «considera que esta tesis es definitivamente un giro hacia el voluntarismo. Entiende que es además también una resurrección del derecho natural, pero recogiendo la tesis de la escuela histórica que no admite el derecho natural sino sólo si detrás de él existe una voluntad, un poder y un reconocimiento» (p.149).

Las ideas de Kantorowicz, Ehrlich y otros propugnadores de esta teoría son consideradas por Werner Goldschmidt «como un ataque frontal contra el positivismo jurídico. El jurista alemán cita, de la obra de Kantorowicz, el extracto siguiente:

Si la ciencia del Derecho reconoce Derecho libre, la jurisprudencia no puede ya fundarse exclusivamente sobre el Derecho estatal. Si la ciencia jurídica posee fuerza creadora, la jurisprudencia no será por más tiempo mera servidora de la ley. Si la ciencia en cada momento tiene en cuenta lagunas, la práctica no podrá resolver jurídicamente cualquier supuesto. Si la teoría puede admitir valores sentimentales, no se puede ya exigir, por el otro lado, fallos enteramente fundados en razones. Si la teoría reconoce el factor individual, la jurisprudencia ya no puede ser científica. Si en la ciencia domina la voluntad, la jurisprudencia no podrá desoír los afectos. En resumidas cuentas: los ideales de la legalidad, de la pasividad, de la fundamentación racional, del carácter científico, de la seguridad jurídica y de la objetividad parecen incompatibles con el nuevo movimiento. Concluye su comentario Goldschmidt precisando que Kantorowicz combina tridimensionalmente la realidad social (el Derecho libre) con las normas (el Derecho estatal) y con la justicia. (p.278)

11.6.6. Teoría pura del Derecho

El Jurista Hans Kelsen trata el tema de la interpretación en el capítulo X de la última edición de su obra «Teoría pura del Derecho».

Para Kelsen, «la Interpretación es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una inferior. Según Kelsen no sólo se interpreta cuando el juez va a aplicar la ley, emitiendo así la norma individual referida al caso concreto que viene a ser su sentencia, sino también cuando el Poder legislativo legisla, para lo cual tiene que aplicar la Constitución y para cuyo efecto no puede dejar de interpretar la Carta magna. Sostiene que hay también una interpretación de normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos, etc. En síntesis, toda norma es interpretada en la medida en que se desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico para su aplicación» (p.163).

Nosotros creemos que, al interpretar la norma jurídica, en efecto se desciende un grado en la jerarquía del ordenamiento jurídico, pero no sólo se observará, se interpretará y se aplicará únicamente la norma desde la cual se desciende, sino en general todas las normas pertinentes de todo el ordenamiento jurídico jerárquicamente superior al de la norma interpretada (o de donde se desciende) desde la Constitución. Así, por ejemplo, una resolución suprema no puede contravenir un decreto supremo, pero tampoco puede contravenir la Constitución y la ley, las que siempre tendrán que ser que observadas, interpretadas y aplicadas por el operador jurídico.

Kelsen acepta que toda norma, aunque sólo parcialmente, determina el acto jurídico por el cual es aplicada. En la medida o parte en que no lo determina, la norma superior es un marco abierto a varias posibilidades (o en todo caso, siempre por lo menos habrán dos) y todo acto de aplicación será conforme a la norma si no se sale de este marco.

Finalmente, tal como ya habíamos referido, Kelsen entiende que la interpretación es un acto de voluntad, pues la creación de la

norma individual está destinada a llenar el marco libre establecido y dejado por la norma general (la norma interpretada y aplicada).

Hasta antes de Hans Kelsen, escribe Ariel Álvarez Gardiol, se tenía la idea, según toda teoría de la interpretación, de que para todo caso existía la solución correcta, por lo que la interpretación requería sólo de encontrar el método adecuado para dilucidarla. El autor argentino precisa que Kelsen, a través de la teoría del ordenamiento jurídico, ve la interpretación como un problema de voluntad, mucho más que de cognición. Para Kelsen, dice Álvarez, la norma es un marco de posibilidades con varios contenidos jurídicos potenciales y aplicables todos ellos como posibles. Es un marco, abierto o no, de posibilidades, pero siempre jurídicamente posibles todas ellas. La determinación de la solución correcta (elegida), en ningún caso pertenece a la teoría del Derecho, sino a la política jurídica.

11.6.7. Teoría egológica

Según la conocida teoría del profesor argentino de Filosofía del Derecho en la Plata Carlos Cossio, no es la ley lo que se interpreta sino la conducta humana a través de la ley.

Como bien explica Ariel Álvarez Gardiol, la teoría de Carlos Cossio parte del concepto de que el Derecho es «la libertad metafísica fenomenalizada en la experiencia» o, en menos palabras, «la conducta humana». Entiende que éste es el punto de partida de toda elaboración de Cossio y el objeto del Derecho.

Werner Goldschmidt, en su comentario a esta teoría, considera que «la teoría de Cossio tiene una doctrina sociológica de la interpretación, según la cual el objeto de la interpretación no es la norma sino la conducta por medio de la norma; la norma, dice Goldschmidt explicando la teoría de Cossio, no es sino el medio, comparable al lenguaje, a través del cual conocemos el verdadero objeto de la interpretación que es la conducta. Lo que el autor alemán entiende es que

lo que Cossio tiene en mente, cuando habla de la interpretación de la conducta a través de la norma, no es en realidad la interpretación de la norma, sino su aplicación, puesto que mientras que la interpretación de la norma tiende un puente de la norma a la voluntad de su autor, la aplicación de la norma tiende un puente entre ésta y la conducta a enjuiciar» (p.263).

11.7. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

11.7.1. Origen de la Interpretación constitucional

Allí donde una norma ha sido prevista para ser aplicada, necesariamente habrá interpretación. De ahí que habiéndose inspirado nuestro Derecho constitucional en la doctrina española, para la cual la Constitución es derecho positivo vigente, es norma jurídica que debe ser aplicada; entonces debemos concluir que existe obviamente, con mayor razón, una interpretación constitucional.

César Landa (2003) relaciona el desarrollo de los derechos fundamentales con la interpretación, pero no debemos pasar por alto que ello se debió a que tal desarrollo se plasmó en normas jurídicas destinadas a ser aplicadas, en la incorporación normativa de derechos constitucionales subjetivos que quedaban sujetos a aplicación por los órganos encargados de administrar justicia constitucional. (p.215)

11.7.2. El método de interpretación constitucional

Del Art. 138 de la Constitución se establece que los jueces preferirán la aplicación de la norma constitucional frente a cualquier otra norma en caso de incompatibilidad.

El método de interpretación constitucional presupone, entonces, que toda interpretación implementada conforme a los criterios y teorías ya desarrollados, se somete a lo establecido en la Constitución, es decir, deberá siempre preferirse la interpretación que sea

conforme o más conforme a la Constitución. Así, si por su alcance (ya sea por ser restrictiva o extensiva) o por su fuente o por su método, se llega a una interpretación que termine transgrediendo alguna norma del texto constitucional, no quedará más remedio que recurrir a la interpretación que en cada caso quede como alternativa, siempre, claro está, que la elegida se someta a lo previsto en la Constitución.

Víctor García Toma (1988) señala que desde el punto de vista doctrinario es posible establecer cuatro tipos de interpretación constitucional.

a) Interpretación de la Constitución

Es la que consiste en asignar un sentido a la Constitución a fin de ayudar a su correcta aplicación en la realidad.

b) Interpretación desde la Constitución

Consiste en que obtenida una respuesta hermenéutica «desde la Constitución», se desciende a la legislación infraconstitucional a fin de que esta última guarde coherencia y armonía con las normas del texto constitucional.

c) Interpretación abstracta y conceptual genérica

Es aquélla que parte de comprender teóricamente el texto constitucional, sin necesidad de ligarlo a una contingencia real en la vida política. Su utilización se lleva a cabo con un mero fin especulativo de conocimiento.

d) Interpretación específica y concreta

Es aquélla consistente en comprender su aplicabilidad en una situación o contingencia real, emanada de la vida política. Su utilización se lleva a cabo con un fin práctico de aplicación de las normas. (p.38)

11.7.3. Los principios de la interpretación constitucional

Estos principios, citados por entre otros autores el Dr. Aníbal Torres Vásquez, comúnmente aceptados son los siguientes:

a) Principio de unidad de la Constitución

Por este principio, la Constitución se interpreta como un todo o una unidad, sin considerar sus disposiciones como normas aisladas.

b) Principio de la coherencia

Por este principio no deberían tener cabida las contradicciones entre las normas constitucionales. Postula la concordancia entre las distintas normas constitucionales que protegen diferentes bienes jurídicos.

c) Principio de la funcionalidad

Por el que se busca el respeto a las competencias de los distintos órganos, conforme al diseño preestablecido por la Constitución. Así, ningún órgano estatal invadirá el ámbito competencial de otro, lográndose de esta manera un trabajo coordinado y en armonía.

d) Principio de la eficacia

La interpretación debe estar orientada a que se optimice la eficacia de las normas constitucionales, persiguiéndose así que sus fines se realicen con la mayor eficacia posible.

e) Principio *in dubio pro libertate*

Dado que la libertad pertenece a ser humano, también se utiliza la denominación «*in dubio pro homine*» para referirse a este principio. Por este principio, en caso de duda, ésta se dilucidará a favor de la libertad del ser humano, como garantía de la efectiva vigencia de los derechos (subjetivos) fundamentales.

f) Principio de duración de la Constitución

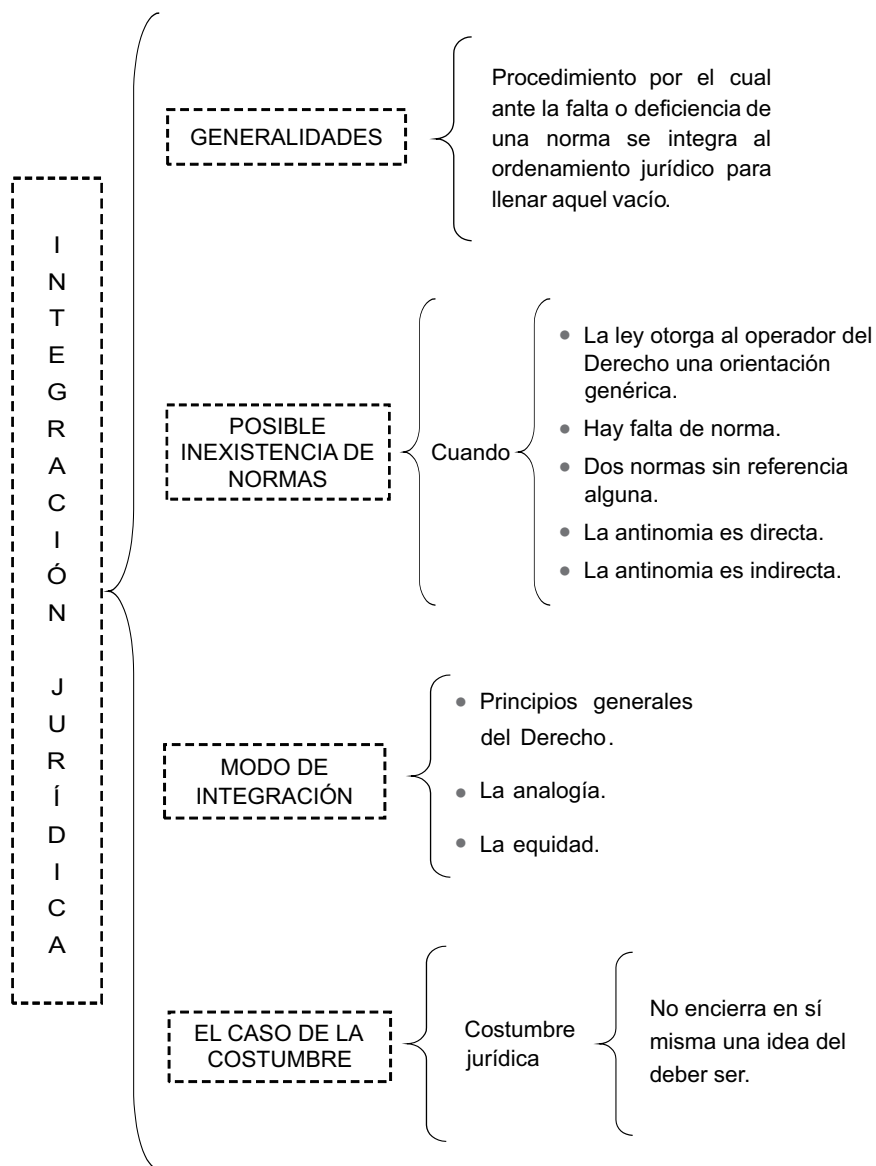
Esta interpretación persigue como objetivo esencial una Carta que tenga duración como texto normativo y como programa político.

g) Principio de respeto al régimen político consagrado en la Constitución

Implica que cada régimen político significa una especial concepción de la sociedad y el Estado. La interpretación constitucional tenderá así a afianzar el régimen político adoptado por la sociedad a través de la propia Constitución. (p. 583, 584)

LA INTEGRACIÓN JURÍDICA

CONTENIDO: 12.1. Generalidades 12.2. La posible
inexistencia de normas 12.3. Modo de integración
12.4. El caso de la costumbre.



12.1. GENERALIDADES

El problema de los vacíos de la ley no es el reconocer que aquello existe, pues la imperfección es obvia e incluso admitida por la propia ley, sino como debemos actuar cuando estamos frente a un verdadero vacío legal. De esta manera recurriremos a un proceso de integración.

Por la integración jurídica entendemos aquel procedimiento por el cual ante la falta o deficiencia de una norma para un caso concreto se integra o une al ordenamiento jurídico para llenar aquel vacío.

Este concepto se asemeja al de interpretación, pero cabe aclarar que son diferentes; puesto que la interpretación presupone la existencia de la norma a la que se le debe aclarar o esclarecer. Cuando la interpretación resulta impotente para resolver un caso concreto, el intérprete (en especial el juez) debe dejar de ser tal para pasar a cumplir una función integradora, es decir, completar o llenar los vacíos.

Máximo Pacheco G. refiere que cuando un funcionario público llamado a resolver un asunto descubre que los métodos de interpretación son impotentes para ofrecer una solución al problema legal, tiene el deber de dejar de ser intérprete, para asumir un «papel» semejante al del legislador. Así, de no encontrar un precepto aplicable a un caso particular y concreto deberá hacer uso de los procedimientos que la ciencia jurídica le brinda para cubrir las lagunas normativas. La insuficiencia de la ley no puede relevarlo de la obligación que tiene de resolver las controversias dentro del ámbito de sus atribuciones.

Luis-Picazo y Antonio Gullón (1990) refieren que:

la expresión laguna es usualmente empleada, por supuesto en sentido metafórico, para aludir a los posibles vacíos o huecos normativos. Por expresarlo con un símil, el ordenamiento jurídico sería algo así como, un queso de bola, lleno en su mayor parte de masa, pero con ciertas quemaduras.

Las lagunas son el resultado de la existencia de deficiencias y defectos técnicos en la legislación.

DEFICIENCIAS	DEFECTOS
Implican los vacíos propiamente dichos; expresan la inexistencia de una norma para resolver un caso en la vía judicial o administrativa.	Implican la presencia de contradicciones normativas.

12.2. LA POSIBLE INEXISTENCIA DE NORMAS

Según Rubio Correa (1987), «El planteamiento hasta ahora realizado presupone que todo conflicto social se encuentra previsto y reglamentado por el Derecho, de tal manera que, frente a cualquier litigio o conflicto de intereses, el problema radica en identificar la norma aplicable» (p. 269 - 270).

Sin embargo, en cualquier momento histórico se dan (y se darán) supuestos reales que en sus primeras formulaciones son absolutamente extraños y novedosos para el Derecho. El Derecho no es una ciencia proyectiva o adivinatoria, sino una técnica de resolución de conflictos mediante la elaboración de reglas adecuadas y justas según el sentir social de cada momento histórico.

El tratadista Ennecerus afirma que existen lagunas en la legislación, en los siguientes casos:

- Cuando la ley otorga al operador del Derecho una orientación genérica, señalando tan solo expresa o tácitamente conceptos o criterios no determinados en sus particularidades los que deben ser investigados en cada caso concreto. Así

tenemos que existen situaciones en que la norma remite al operador a la buena fe, a los usos del tráfico o lo deja resolver con arreglo a la equidad.

- Cuando hay falta de norma. Esta situación se produce cuando el legislador no puede prever todas las circunstancias y conductas posibles por que el progreso social, científico y tecnológico trae consigo muchas hipótesis para las cuales no existen normas aplicadas.
- Cuando dos normas sin referencias alguna entre sí se contradicen, haciéndose recíprocamente ineficaces. Este tipo de lagunas denominada técnicamente plantean consecuencias jurídicas distintas, frente a un hecho, acontecimiento o suceso.
- Cuando la antinomia es directa se resuelve mediante las reglas de coherencia anteriores señaladas.
- Cuando la antinomia es indirecta –no existen referencias mutuas entre sí– obliga a la integración jurídica:
 1. Incompatibilidad entre una norma que manda hacer algo y la existencia de otra que la prohíbe.
 2. Incompatibilidad entre una norma que manda hacer algo y la existencia de otra que permite no hacerlo.
 3. Incompatibilidad entre una norma que prohíbe hacer algo y la existencia de otra que permite hacerlo.

12.3. MODO DE INTEGRACIÓN

Son aquellos que señalan las reglas que sirven de fuentes de solución para llenar los vacíos legislativos. Estos son los tres siguientes:

MODO DE INTEGRACIÓN	1. Los principios generales.
	2. La analogía.
	3. La equidad.

(Víctor García Toma, p.249-250)

Los dos primeros están recogidos en los incisos 8 y 9 del artículo 139 de la Constitución. En cuanto a la equidad, es frecuente que el ordenamiento legal (es el caso de nuestro Código Civil) haga invocación expresa de su utilización; más aún, independientemente de esa mención, el operador del Derecho, en ejercicio de su poder discrecional dentro de la ley, suele considerarla como criterio integrador para un caso particular y concreto. En ese sentido, un sector de la doctrina se refiere a la posibilidad de que, en algunos casos, la laguna legal sea colmada mediante una cautelosa dilación: así aconteció con el problema de la sucesión dinástica que planteó la muerte de Alfonso XII (1885), quien había dejado dos hijas, a la mayor de las cuales le correspondía automáticamente la corona. Ante la confesión de la reina viuda de encontrarse embarazada (circunstancia desconocida hasta ese momento), se impuso una espera para determinar si el concebido resulta varón, lo que en efecto ocurrió, quedando éste como heredero legítimo de la corona.

12.3.1. Principios generales del Derecho

Los principios generales del Derecho son preceptos que conforman el ordenamiento jurídico y se basan en la idea de justicia.

Para algunos tratadistas como Del Vecchio, los principios generales del Derecho son categorías abstractas que reposan fuera del derecho positivo, incluso los consideran como expresión trascendente del denominado Derecho natural. Otros los consideran fuera del Derecho positivo y sostienen que son productos del decanta-

miento histórico del pensamiento jurídico. Que son ideas superiores, inmanentes y trascendentes que están más allá del devenir social cotidiano. Otros expresan que los principios generales son un producto científico del Derecho que resulta de los avances en las doctrinas y jurisprudencia universales.

(...) Los principios generales del derecho pueden ser extralegales, pero jamás extrajudiciales, ya que se trata de fenómenos jurídicos que tiene como funciones: crear, interpretar e integrar el sistema jurídico (Moscoso Torres, p.19-20).

«Aluden a fundamentos, elementos, comienzo, condición y causa» (Mans Puigarnau, Jaime, 1979).

En este sentido, se trata de fundamentos que tienen manifestaciones universales y que, por ende, pueden estar exentas de referencias en un ordenamiento jurídico.

Asimismo, expresan axiomas, pautas básicas o postulados que, en redacción o inspiración concisa, fundamentan un determinado ordenamiento jurídico; una pluralidad de ideas esenciales que, formalizadas legislativamente o no dentro de un ordenamiento. Condicionan y orientan todo el proceso de técnica jurídica.

Entre los principales principios generales tenemos los siguientes:

- La preponderancia de los intereses comunes sobre los puramente privados.
- La igualdad entre los hombres.
- El fiel cumplimiento de los compromisos contraídos.
- Nadie puede enriquecerse sin causa justa y a costa ajena.
- Reparación del daño injustamente causado.
- Todo lo que no está prohibido está permitido.
- Lo admitido por necesidad, no puede citarse como ejemplo.
- No es precedente invocable lo concedido por gracia.

- Quien prohíbe una cosa, prohíbe lo que de ella provenga.
- Nadie puede transmitir a otro más derechos de los que tiene.
- La ignorancia de hecho excusa; pero no le da Derecho.
- La necesidad hace licito lo ilícito.
- Lo malo una vez se presume malo siempre.
- La ley no tiene, en principio, efecto retroactivo.
- Lo accesorio sigue la suerte de los principales.
- Quien puede lo más puede lo menos.
- Quien puede hacer puede permitir.
- El género es derogado por la especie.
- Quien se obliga lo hace a lo menos posible.
- Nadie debe lucrar con daño de otro.
- Las obligaciones se extinguen por las mismas causas que nacen.
- Quien calla se presume que otorga.
- Quien puede donar, puede vender.
- El primero en el tiempo es mejor en derecho.
- Alguna culpa tiene quien se entromete en lo ajeno.
- No se debe castigar dos veces por lo mismo.
- Puede oponerse la fuerza a la fuerza para defenderse.
- Nadie puede ser condenado sin ser oído.
- No vale la sentencia dada sobre cosa no pedida, entre otros.

Los principios generales del Derecho constituyen otro medio para la integración y el ordenamiento jurídico.

12.3.1.1. Limitaciones de los principios generales del Derecho

Los principios generales no deben nunca oponerse a los preceptos contenidos en la ley. No hay que perder de vista que en todos

aquellos casos en que las fuentes formales resultan insuficientes para procurar a la autoridad judicial un criterio de solución, quedan los jueces y tribunales colocados en una situación muy semejante a la del mismo legislador.

Si se admite que el legislador no debe perder de vista esos principios generales, habrá de aceptar igualmente que el orden jurídico es en mayor y menor medida realización de tales principios y volver a ellos cuando el legislador guarda silencio u omite una hipótesis determinada.

12.3.2. Analogía

Donde exista la misma razón debe existir el mismo derecho o regla aplicable. Candido Conde & Pundido Ferreiro (1997):

(...) Procedimiento que consiste en aplicar la norma establecida para un caso a otro no previsto, en razón a la igualdad “esencial” que existe entre ambos. Primero se funda en una presunción de voluntad del legislador (que de haber previsto el caso lo hubiera incluido en la norma), segundo sustenta esta forma de razonamiento en elementos objetivos: situaciones que son esencialmente las mismas, merecen el mismo tratamiento jurídico (p.276).

Es aquel procedimiento de integración jurídica mediante la cual ante un hecho en particular que no tiene regulación se le aplica una ley que regula un caso semejante, debido a que entre ambos existe una misma identidad de razón. Aquello no se aplica en leyes que establezcan excepciones o restrinjan derechos.

El uso de la analogía implica necesariamente creación o innovación del Derecho. Podemos distinguir dos clases resaltantes de analogía: la legislación y la jurisprudencia.

LA LEGISLACIÓN	LA JURISPRUDENCIA
Se toma una ley que regula un caso similar al que se plantea sin solución para luego establecer la identidad de razón y aplicar la Integración jurídica.	Se obtiene la nueva regla a partir de todo o parte del ordenamiento jurídico, extrayéndose por inducción la identidad de razón a aplicar entre ambas.

Como vemos: La identidad de razón es el punto neurálgico dentro de la analogía. Se entiende así a la razón de la ley (la ratio legis) que no es parte del texto de la norma sino una expresión de su sentido transliteral, el que precisamente proviene de los principios en ella incorporados.

La analogía se funda en el principio «A igual razón igual Derecho», en el principio de igualdad (o regla formal de justicia) que prescribe que se deben tratar por igual los casos semejantes (igualdad en los aspectos relevantes). Por más que la analogía Iuri aplique principios, estos son extraídos de leyes. Se habla, por lo tanto, de principios positivizados perteneciente al derecho escrito positivizado. Respetándose así su cualidad de autointegración. Mediante ella no se crea una nueva norma sino se aplica la existente a otro caso por existir identidad de razón.

A la analogía se acude cuando el método de interpretación nos lleva a la conclusión de que la cuestión planteada no está prevista en la norma. A través de este método de integración de la ley, no estamos creando una norma, sino que la estamos complementando con otra preexistente que regula un caso similar (fuente directa).

En ese sentido, la analogía permite resolver uno de los problemas básicos de cualquier ordenamiento: cómo innovar el sistema

jurídico sin alterar su estructura. Hace posible reducir la complejidad del medio social, auspiciando la adecuación de un ordenamiento de normas fijas a un medio coexistencial en constante transformación.

Esta función integradora permite la aplicación de una ley a «algo» para lo que ha sido creada, se sustenta en la labor del operador del Derecho, que considera que la situación que ocurre no se encuentra prevista por la norma, pero análoga a la contenida en su supuesto. Así, el axioma de este modo de integración es «Donde existe una misma razón existe un mismo derecho».

Es decir, para acudir a este método es necesario que se actualicen los siguientes requisitos:

1. Que el supuesto no previsto y objeto de la indagación no esté contenido en las normas previstas ni deducido de la interpretación de éstas.
2. Que el supuesto sea diferente al previsto en la ley, pues de ser igual no habría analogía.

En síntesis, Jorge Avendaño Valdez (2013) afirma:

La aplicación analógica de una ley requiere los siguientes presupuestos: a) que un hecho específico no esté comprendido ni en la letra ni en el espíritu de una norma; b) que exista una ley que regule un hecho semejante al omitido; c) que exista identidad de razón (ratio legis) en el hecho omitido y en el regulado; d) que no se trate de una ley que establezca excepciones o restrinja derechos, por cuanto para estos casos aplicación analógica está proscrita (p.39).

a. La analogía en la legislación peruana

El inciso 9 del artículo 139 de la Constitución prohíbe expresamente la utilización de la analogía cuando se trate de aplicación de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos. Igual hace el

artículo IV del Título Preliminar del Código Civil cuando se trata de una ley que restringe facultades, atribuciones, prerrogativas, etc., y extiende la producción a la ley que establece excepciones. En suma, el ámbito de aplicación de este modo integrador se encuentra considerado en nuestro ordenamiento por negociación; es decir, podemos determinar la licitud de la utilización de la analogía si ella no está comprendida en los casos de prohibición.

12.3.3. La equidad

Según Víctor García Toma, «La equidad consecuente con una tarea redactiva o legislante, según sea el caso, permite la preservación de lo fundamentalmente justo» (p. 273, 275).

Se trata de la justicia concretizada, basada en el reconocimiento de un Derecho que trasciende la rigidez o carácter estándar de la norma legal. La expresión equidad deriva de la voz latina *équitas* que significa igual. En consecuencia, como fundamento esencial para la aplicación de la justicia implica exactitud y equilibrio en las relaciones interpersonales.

En puridad, la idea básica de la equidad tiene un doble efecto:

- a) Como expresión de igualdad, ponderación y ecuanimidad para la aplicación de la justicia.
- b) Como expresión de comprensión y mitigación al momento de establecer las consecuencias jurídicas negativas (aplicación de penas, sanciones).

12.3.3.1. Clases de equidad

Pueden ser clasificadas de las dos maneras siguientes:

a. Equidad correctora

Se establece como un criterio ponderador, juicioso y prudente en la aplicación de la norma (tarea adaptativa). Sirve como

elemento de apoyo al intérprete o hermeneuta en la técnica de interpretación.

La equidad correcta impide que la aplicación mecánica y literal de un precepto conduzca a la consumación de un despropósito o una injusticia, es decir, una incongruencia axiológica y lógica de con la finalidad perseguida por el legislador al momento de emitir la norma.

b. Equidad sustitutiva

Se establece como un criterio integrador propiamente dicho (tarea legisferante). Sirve como mecanismo ante la incuria, negligencia, ocio, autorización o delegación por parte del legislador.

En este caso, la equidad es base exclusiva de una decisión administrativa o judicial.

Esta modalidad se presenta en los tres casos siguientes:

- Cuando el ordenamiento jurídico expresamente permite al funcionario público resolver según su conciencia y legal saber entender. Se trata de una facultad discrecional.
- Cuando el ordenamiento jurídico expresamente permite al funcionario público a concretizar o cubrir los denominados conceptos elásticos, buena fe, orden público, interés público, moral, social y buenas costumbres, etc.
- Cuando el ordenamiento jurídico expresamente permite al funcionario público a tomar en cuenta las circunstancias especiales que rodean el caso particular.

La equidad llamada «la justicia del caso individual» es un estado intermedio entre la ley y el precepto moral. La primera debe contender un mínimo de rigidez y el segundo un máximo de elasticidad. La rigidez de la letra de la ley atempera con su espíritu, que es la equidad.

Es la actualidad, en todos los ordenamientos se percibe un retorno a la equidad.

12.3.3.2. La equidad y la legislación peruana

Es sumamente valiosa la aplicación del criterio de equidad sustituyente para llenar las lagunas generales en los casos de normas con una orientación preceptiva muy genérica.

Tal es el caso, entre otros, del art. 1953 del C.C. que señala: «El juez apreciará las circunstancias que indujeron al gestor a encargarse de la gestión para fijar la amplitud de su responsabilidad, establecer el monto de los gastos que deben reembolsársele y fijar la indemnización por los daños y perjuicios que hubiera sufrido en el desempeño de la función».

Caso similar se presenta en el C.P.C de 1912 que expresaba. «El representante del ausente no podrá entablar demandas nuevas sin autorización del juez, salvo las de tercería, cobranzas de arrendamientos, desahucio y demás relativas a actos y contratos de mera administración».

En ese sentido, acudiendo a su poder discrecional, el juez podrá ajustar los cánones de una norma a efectos de que la justicia calce plenamente en los marcos de la ley. El art. 1332 del C.C., en lo referente a la determinación de los daños y perjuicios derivados de la inejecución y el daño no pudiese ser probado en su momento preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.

El art. 1346 del mismo texto, vinculado con las obligaciones con cláusula penal y referido específicamente a la reducción equitativa de la pena, establece que «El juez, a pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida». Un interesante ejercicio de equidad es el que plantea el tratadista Gustavo Bacacorso en relación a los alcances del art. 40 de la Ley Universitaria N.º 13417).

Dicho precepto señala que el docente a dedicación exclusiva tiene la obligación de desempeñar su actividad académica únicamente en su entidad empleadora. Empero, habida cuenta de que el docente goza al año de 60 días calendario como periodo de vacaciones, cabe entender por equidad que durante dicho lapso de tiempo en aplicación de la equidad y en aras del resguardo de la libertad personal, se encuentra permitido ejercer actividad académica fuera de su recinto laboral (dictar charlas, conferencias, visitas, etc.).

Es evidente que el periodo vacacional se entiende como un derecho del trabajador a hacer lo que entiende más favorable a su salud o interés.

12.3.3.3. Funciones de la equidad

Entre las principales, cabe mencionar las cuatro siguientes:

- Es la forma en que se suple las lagunas de la ley.
- La ayuda que aporta mediante la posibilidad de individualización de la noción de justicia, significando esta la adaptación de la ley a las circunstancias particulares.
- La correcta aplicación de la ley; la cual en caso de ser aplicada en un «atípico» caso de manera literal, generaría consecuencias jurídicas injustas.
- La utilización de un criterio racional avalado por el valor que sustenta el Derecho.

A este respecto, su aplicación constituye la piedra angular de la grandeza de la labor del juez, ya que éste es el encargado de conciliar la vinculación de la ley con la equidad al juzgarse un caso concreto, ergo, promover el equilibrio entre la seguridad jurídica y la justicia. Asegura el respeto al derecho establecido, pero aplicándolo con sentido profundamente humano. Igualmente, se le utiliza en aquellos casos en que el operador del Derecho queda facultado por la Ley a expresar su criterio de justicia en un caso específico.

Entre los ejemplos citables tenemos los siguientes:

Caecin era propietario de un predio agrario cuya vecindad recaía en un hombre llamado Aeubeutis. Al momento de producirse el conflicto, existía el «Interdicto de Vi Armata» que tenía por finalidad el restituir la propiedad de todo aquél que la hubiere perdido mediante el uso de la violencia. En suma, protegía el derecho de propiedad. Pues bien, Caecin se vio obligado, por razones familiares, a abandonar por algunos días su finca, lo que aprovechó su vecino para ocuparla sin uso alguno de violencia, impidiendo a aquel posteriormente, mediante intimidación su ingreso a la heredad usurpada.

Los argumentos que utilizó Cicerón para solicitar al pretor la aplicación de la equidad fueron, entre otros, los siguientes:

«Creéis que si alguien me obliga a abandonar una casa por la fuerza de las armas, tengo derecho a una acción, pero que no la tengo si lo que se ha hecho es impedirme entrar en ella». Creéis que ha de ganar la causa el hombre que se defiende diciendo: «Te he impedido el ingreso con ayuda de hombres armados, pero no te he expulsado».

Igualmente, hacia el año 150 d.C., se planteó en Roma un pleito en donde un tal Valerio Nepote hizo un testamento por el cual instituía como heredero a una determinada persona; añadiendo una serie de legados a diversos amigos, así como una orden de emancipación en favor de algunos esclavos. Antes de morir cambió de opinión borrando el nombre del heredero; empero, sin saber que con arreglo a las normas vigentes tal cosa llevaba consigo la invalidación del testamento. A falta de parientes, el fisco reclamó la herencia.

El pleito llegó hasta el conocimiento del emperador Antonio Pio (85 - 161 d.C.). A primera vista, no parecía haber razón alguna para oponerse a la presentación del fisco, pero las diversas partes interesadas representadas por abogados plantearon lo siguiente:

Zeno: Te pido, señor Emperador, que me oigas con paciencia: ¿Cuál es tu decisión con respecto a los legados? El Emperador: Crees que si Valerio Nepote borró el nombre del heredero pudo este haber querido que subsistiese el testamento.

«Longino, abogado del fisco: Es evidente que no puede considerarse como válido el testamento, que no hace designación de herederos.

Prisciano: El testamento emancipó a algunos de sus esclavos e hizo determinados legados». Culminados los alegatos, el emperador mandó a todos a que despejasen la isla para poder considerar la cuestión. Cuando volvieron a entrar dijo: «Parece ser éste un caso para una interpretación humana, en consecuencia decidimos que Nepote sólo quería anular las cláusulas que borró».

Es evidente que el emperador se vio impedido de adoptar esta decisión porque creía que la intención del testador fue borrar el nombre del heredero instituido, pero conservando las disposiciones relativas a los legados y las emancipaciones. Señálese, además, que la opinión ilustrada de la época «estaba a favor de la libertad y el Emperador tenía especial interés en no frustrar las esperanzas de los libertos». En consecuencia, resolvió pasar por alto el defecto de forma del testamento y darle una interpretación dentro de un espíritu de equidad humana.

Como puede advertirse, los ejemplos glosados hacen referencia a la equidad correctora.

Se advierte que en el sistema romántico-germánico la equidad es entendida como una forma de interpretación razonable de la ley; en tanto que en el sistema anglo-americano aparece como un correctivo de la ley misma. Ello conlleva a que la dación de un fallo por equidad deje sin valor el precedente judicial que servía de pauta a los jueces.

12.4. EL CASO DE LA COSTUMBRE

El inciso 8 del artículo 139 de la Carta Política señala equivocadamente a la costumbre como un modo de integración jurídica, ya que doctrinariamente es en realidad una fuente formal subsidiaria de la ley.

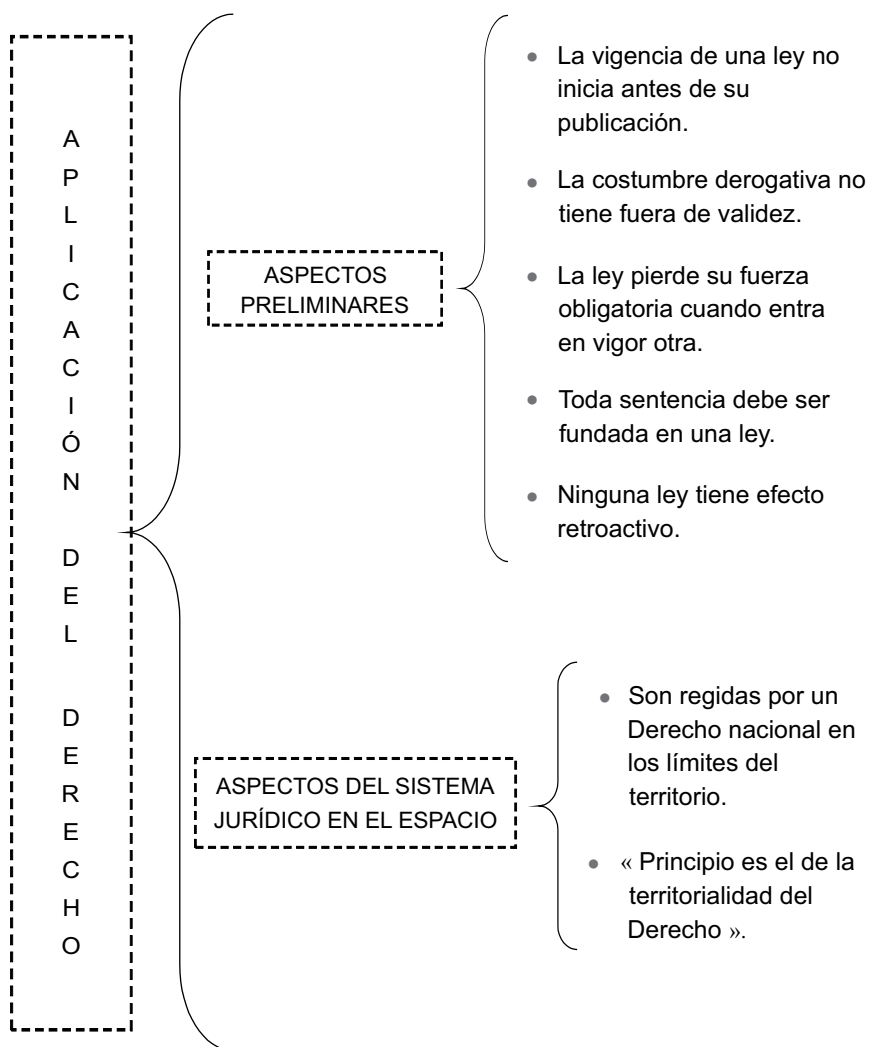
12.4.1. La costumbre jurídica

Es frecuente en el lenguaje común utilizar indistintamente expresiones tales como hábito, regla de trato social, uso y costumbre jurídica, etc. Es por ello oportuno hacer un breve deslinde.

El hábito se entiende como un modo de obrar determinado. El no conlleva una presión normativa; por ende, no encierra en sí mismo una idea del deber-ser. (Víctor García Toma, p.283).

LA APLICACIÓN DEL DERECHO

CONTENIDO: 13.1. Aspectos preliminares 13.2. La aplicación del sistema jurídico en el espacio.



Aplicar una regla es transponer una regla abstracta a un caso particular y concreto. Esta aplicación importa pues un paso de lo abstracto a lo concreto, de lo general a lo particular, en suma, una deducción. Su instrumento es el silogismo. Ejemplo: Todos los hombres son mortales – Pablo es un hombre – Por consiguiente es mortal. El silogismo jurídico puede presentarse con la misma simplicidad. Ejemplo el artículo 724 del C.C. «Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge». (el difunto).- Juan y Pedro son hijos del difunto.- Por consiguiente, Juan y Pedro son herederos forzosos.

La aplicación del sistema jurídico en el espacio

Según las concepciones modernas más corrientes, la primera idea que viene al espíritu circunscribe el dominio de aplicación de un Derecho nacional a los límites del territorio. En consecuencia, son regidas por el Derecho de un país todas las personas y todas las cosas que se hallan en el territorio de ese país. Este principio es el de la territorialidad del Derecho.

13.1. ASPECTOS PRELIMINARES

Los principios básicos que deben ser tomados en cuenta son:

1. La vigencia de una ley no puede iniciar antes de su publicación en el diario oficial.
2. En el sistema jurídico, la costumbre derogatoria no tiene fuerza de validez.
3. La ley pierde su fuerza obligatoria cuando entra en vigor una ley nueva que en forma expresa abrogue la anterior o tenga disposiciones incompatibles.
4. Toda sentencia u orden de autoridad judicial o administrativa debe fundarse necesariamente en una ley anterior al hecho realizado.

5. A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Según Marcial Rubio Correa, el principio general consiste en que las normas de un Estado son aplicables en todo el ámbito de su territorio.

El territorio peruano es la superficie, el espacio aéreo y el subsuelo encerrado dentro de sus fronteras. En tierra ello no ofrece dudas desde que nuestras fronteras han sido fijadas por sendos tratados. La norma correspondiente es el artículo 54 de la Constitución establece que el territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo.

Problema particular se presenta en la zona marítima, su respectivo espacio aéreo y subsuelo. Las normas son los dos párrafos finales del mismo artículo 54 que establece: «El dominio marítimo, el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y con los tratados ratificados por el Estado». El Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de conformidad con la ley y con los tratados ratificados por el Estado.

En torno al dominio marítimo, se reconoce actualmente dos zonas diferenciadas, aunque en términos nacionales existe aguda discusión sobre el tema:

1. El mar territorial que se extiende, como máximo, hasta las doce millas de la costa.
2. Una zona adyacente o contigua (recibe diversas denominaciones) que llega hasta las doscientas millas de la costa. El mar territorial es un concepto que tiene ya siglos de antigüe-

dad, pero la zona de 200 millas ha sido establecida hace más de cuatro décadas y al Perú le cupo un rol preponderante en el desarrollo de su concepción a nivel internacional desde 1947, fecha en que por decreto supremo la estableció soberanamente el gobierno del entonces presidente Dr. José Luís Bustamante y Rivero.

Sobre el mar territorial el Estado ribereño tiene plena soberanía y jurisdicción de acuerdo al Derecho Internacional. Es parte indiscutida del territorio en la que se aplican plenamente las normas de un sistema jurídico. Sin embargo, sobre la zona adyacente hasta las doscientas millas, en el Perú existe una importante discusión en el sentido de si es parte integrante del mar territorial o si sólo es una zona donde el Estado ejerce derechos de utilización y protección de los recursos económico-naturales que contiene.

No corresponde aquí debatir el tema, pero en referencia al problema de la aplicación espacial de las leyes, diremos lo siguiente que es la conclusión de las teorías predominantes.

Es indiscutible que en las doscientas millas también se aplican las normas del Estado en todo lo referente a la protección y explotación de los recursos naturales, así como la jurisdicción de sus organismos competentes respecto de la misma materia.

Importantes juristas sostienen que dicha zona constituye mar territorial y, en consecuencia, sobre ella también se aplica plenamente la normatividad estatal, pero la teoría predominante no acepta este criterio.

El año 1983 se produjo un debate nacional en torno a la posibilidad de que el Perú suscribiera la Convención del Derecho del mar elaborada por la III Conferencia Internacional dedicada a tal tema. La decisión del gobierno fue inhibirse de rubricar el documento, dejando la decisión final para posterior oportunidad. De suscribirla, quedaría definitivamente aclarado que el Perú reconoce un mar

territorial de doce millas y una zona económica exclusiva hasta las doscientas millas que no forma parte del mar territorial y que, en consecuencia, ni en ese mar, si en su subsuelo ni en su espacio aéreo, se aplicarían otras leyes peruanas que las referidas a la conservación y explotación de los recursos naturales en ellos contenidos.

Fuera de este tema, tenemos aún otros problemas que dilucidar en torno a la aplicación espacial del sistema jurídico. Resumidamente ellos son:

En materia de derechos ciudadanos persiste una antigua teoría llamada de la personalidad, según la cual los extranjeros no pueden ejercer el derecho político de voto, con excepción de las elecciones municipales en las que los extranjeros pueden participar con ciertos requisitos y limitaciones (Artículo 7 de la ley 26864 del 13 de octubre de 1997). Lo propio se aplica al derecho de ser elegidos.

En materia tributaria y según la legislación pertinente, las personas residentes en el Perú tributan no sólo sobre las rentas que obtienen en nuestro territorio, sino también sobre las que obtienen de fuera.

Las sedes de delegaciones diplomáticas gozan de extraterritorialidad. En consecuencia, dentro de su perímetro no se aplica el sistema jurídico del Estado ante el cual se hallan acreditadas sino el de aquel al que representan.

En materia penal existen varias normas dentro de los artículos 1 al 5 del Código respectivo que transcribimos:

«Artículo 1.- La ley penal peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República, salvo las excepciones contenidas en el derecho Internacional.

También se aplica a los hechos punibles cometidos en:

- 1.- las naves o aeronaves nacionales públicas, en donde se encuentren.

2.- las naves o aeronaves nacionales privadas, que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía».

«Artículo 2.- La ley penal peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero, cuando:

- 1.- El agente es funcionario o servidor público en desempeño de su cargo.
- 2.- Atenta contra la seguridad o la tranquilidad pública, siempre que produzca sus efectos en el territorio de la República.
- 3.- Agravia al Estado y la defensa nacional, a los poderes del Estado y el orden constitucional o el orden monetario.
- 4.- Es perpetrado contra peruano o por peruano y el delito esté previsto como susceptible de extradición según ley peruana, siempre que sea punible también en el Estado en que se cometió y el agente ingresa de cualquier manera al territorio de la República.
- 5.- El Perú está obligado a reprimir conforme a tratados internacionales».

«Artículo 3.- La ley Penal Peruana podrá aplicarse, cuando solicitada la extradición, no se entregue el agente a la autoridad competente de un Estado extranjero».

«Artículo 4.- Las disposiciones contenidas en el artículo 2, incisos 2, 3, 4 y 5, no se aplican:

- 1.- Cuando se ha extinguido la acción penal conforme a una u otra legislación.
- 2.- Cuando se trata de delitos políticos o hechos conexos con ellos.

Cuando el procesado ha sido absuelto en el extranjero o el condenado ha cumplido la pena o ésta se halla prescrita o remitida. Si el agente no ha cumplido totalmente la pena impuesta, pero renovarse el proceso ante los tribunales de la República, pero se computará la parte de la pena cumplida».

«Artículo 5.- El lugar de comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos».

Existe un complejo campo del Derecho que regula las relaciones jurídicas compuestas por elementos que, de una u otra manera, involucran a más de un Estado. Tal es el caso de un peruano y una extranjera que se casan sin que ella adopte la nacionalidad peruana; o de las empresas de distintos países que firmen un contrato (Eventualmente en un tercer país); o de extranjeros propietarios de bienes raíces en territorios de Estados distintos a aquel del que son oriundos, etc.

En cualquiera de estas situaciones, hay un conflicto de leyes en el espacio, pues según tomemos como criterio la nacionalidad de las personas involucradas, el lugar donde se hallan los bienes o el lugar donde se realizó el contrato, serían aplicables las leyes de uno u otro Estado.

Según el Derecho Internacional Privado, el juez ante quien se presenta judicialmente el problema debe recurrir a lo que se llaman las normas de conflicto de su sistema jurídico, es decir, a las disposiciones de su propio Estado en las que se constatará en principio la solución al caso dado. En nuestro país dichas normas constan actualmente entre los artículos 2046 y 2111 del Código Civil, además de unas pocas adicionales en otras leyes. El Derecho Internacional Privado es una disciplina compleja y supone el conocimiento general de las demás normas del sistema, por lo que no podemos desarrollar en esta obra sus contenidos.

Simplemente dejamos consignado el punto y, eso sí, vale la pena resaltar que si bien en estos casos puede producirse en el Perú la aplicación de una norma extranjera, ello ocurre merced al envío que a ella hace la legislación aprobada por el Estado peruano. Si tal

envío hacia la legislación extranjera no constara en nuestras normas de conflicto, entonces será aplicable la legislación interna correspondiente al Estado del juez bajo cuya jurisdicción ha sido sometido el pleito, en nuestro caso la peruana.

Finalmente, caso especial es el del artículo 63 de la Constitución cuya norma transcribimos:

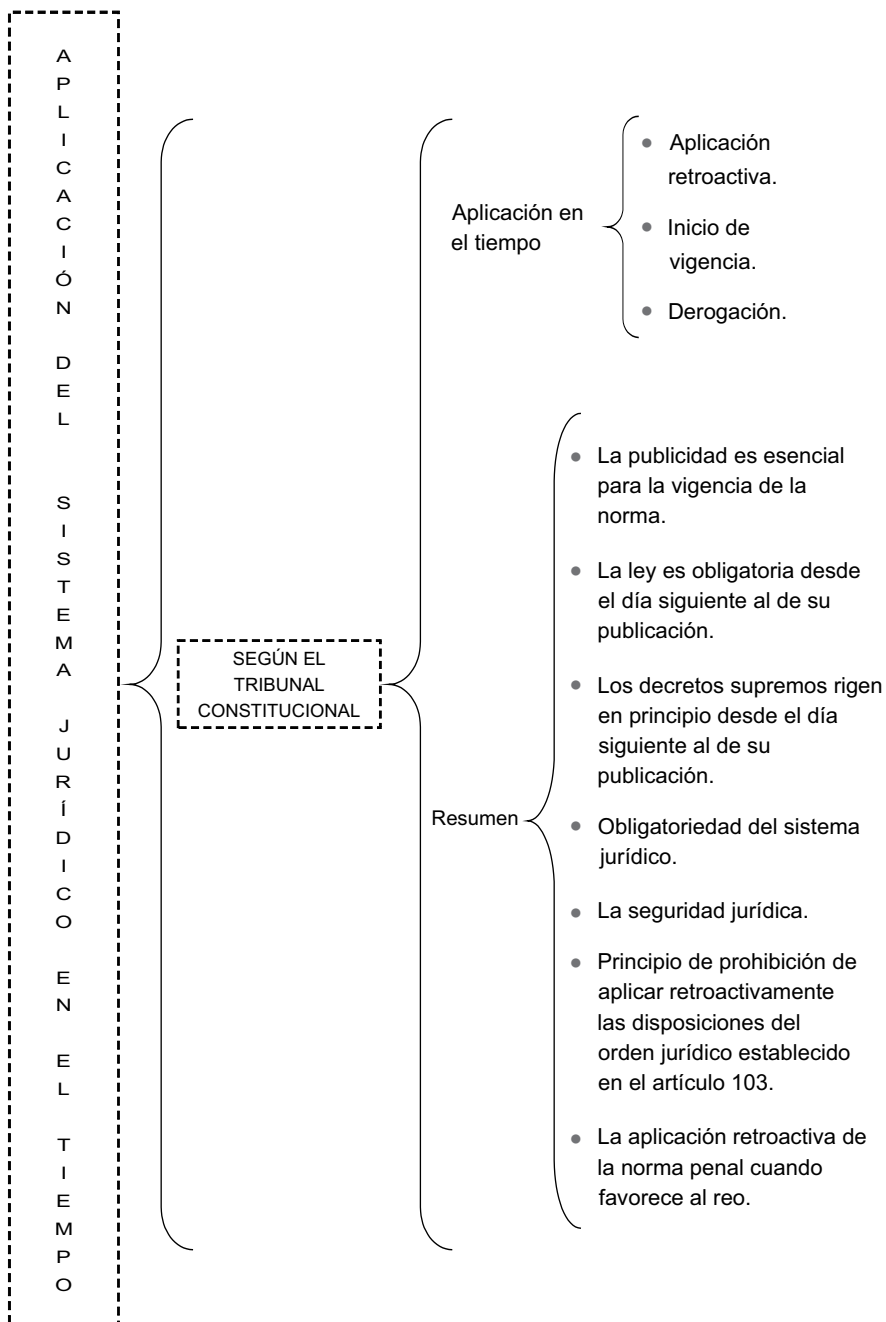
«Artículo 63.- La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen al interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas».

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la república y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

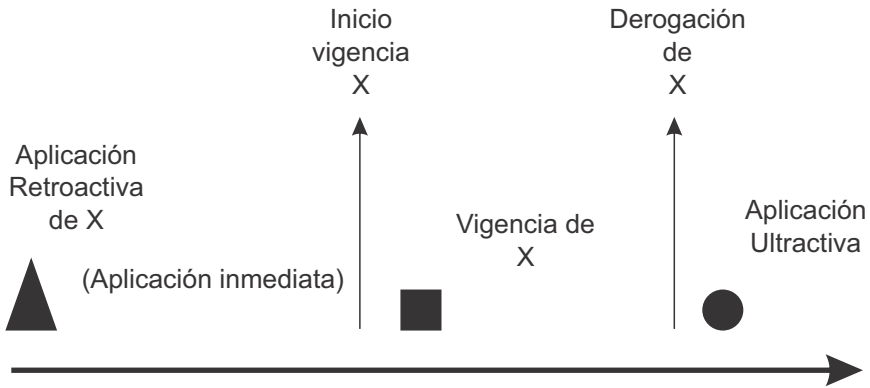
LA APLICACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO EN EL TIEMPO

CONTENIDO: 14. 1. La aplicación de las normas en el tiempo según el Tribunal Constitucional.



El principio general expresado al inicio, coherente con lo desarrollado en la parte de fuentes del Derecho, consiste en que las normas rigen a partir del momento en que empieza su vigencia, y que carecen de efectos tanto retroactivos (es decir, antes de dicho momento), como ultra activos (es decir, con posterioridad a su derogación). La conceptualización de la aplicación en el tiempo puede graficarse así:

14.1. CONCEPTO DE APLICACIÓN EN EL TIEMPO



Puede verse que los elementos que regulan qué tipo de aplicación de normas en el tiempo son el momento de inicio de vigencia y el de derogación:

- Si la norma se aplica a hechos anteriores al momento de inicio de vigencia (graficados por un triángulo) estamos ante una aplicación retroactiva.
- Si la norma se aplica a hechos que ocurren entre el momento de inicio de su vigencia y el de su derogación (graficados por un cuadrado) estamos ante la aplicación inmediata.

- Si la norma se aplica a hechos que ocurren luego del momento de su derogación (graficados por un círculo) estamos ante un caso de aplicación ultractiva.

Las disposiciones que regulan lo dicho anteriormente son, en resumen, las siguientes:

1. La parte final del artículo 51 de la Constitución dice: «(...) la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado». Ello se aplica a toda norma emanada del Estado, sea legislativa, jurisprudencial cuando constituye precedente vinculatorio o, inclusive, una directiva o circular administrativa.
2. La ley es obligatoria desde el día siguiente al de su publicación en el diario oficial, salvo que la propia ley contenga disposición contraria que postergue su vigencia en todo o en parte (artículo 109 de la Constitución). Las leyes que se refieren a tributos de periodicidad anual rigen desde el primer día del siguiente año calendario a la fecha de su promulgación (Constitución, artículo 74).
3. Según el Decreto Legislativo 560, Ley del Poder Ejecutivo, los decretos supremos rigen en principio desde el día siguiente al de su publicación (artículo 3 inciso 2) y las resoluciones desde ese mismo día (artículo 3 inciso 3).

A pesar de todas estas disposiciones, existen algunos casos en la normatividad constitucional y en la teoría, en los cuales retroactividad y ultractividad son posibles.

Veamos primero el ángulo constitucional. La norma pertinente es la siguiente parte del primer párrafo del artículo 103 de la Constitución, según la redacción aprobada por la ley 28389, promulgada el 16 de noviembre del 2004 y publicada el 17 de noviembre del 2004:

Constitución artículo 103.- (...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salgo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (...).

De la primera parte de este párrafo tratamos luego en este capítulo, cuando nos referimos a las teorías del derecho adquirido y del hecho cumplido. La última parte del texto citado trata de la llamada retroactividad penal benigna, que se halla ampliamente reconocida en el Derecho Penal moderno y ha sido desarrollada en los artículos 6 y 7 del Código Penal:

Artículo 6.- La Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales.

Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley.

Artículo 7.- Si según la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos y sus efectos se extinguen de pleno derecho.

Ninguna de estas disposiciones merece mayor comentario por su claridad.

La constitución de 1993 ha establecido, en adición al artículo 103, las normas de la primera parte del artículo 62.

Artículo 62.- la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

Esto quiere decir que, de acuerdo a la Constitución, los contratos fijan sus términos según las normas existentes en el momento en

que ellos fueron perfeccionados y que las normas posteriores, no importa su jerarquía, no los pueden afectar.

La normatividad constitucional soluciona cualquier problema de aplicación en el tiempo. Sin embargo, y aun cuando el artículo 103 de la constitución sanciona contundentemente que la ley «no tiene fuerza ni efectos retroactivos», se presentan ciertas situaciones en las cuales no es claro si la ley se está o no aplicando retroactivamente. Por ejemplo: supongamos que un estudiante inicia su formación para recibir el título profesional de abogado pero que, a la mitad de su carrera, se da una ley declarando que en vista de existir un crecido número de estos profesionales, las universidades del país no podrían otorgar dicho título en los próximos quince años, sin establecer excepción ni régimen transitorio alguno. Nuestro estudiante ha llevado ya tres años de trabajo universitario que, para efectos prácticos, no le sirven de nada ¿puede argüir que dicha ley es constitucional porque cuando empezó a estudiar amparado por la legislación de entonces adquirió el derecho de recibirse, o más bien ocurre que no habiendo llegado aún al hecho cumplido de su graduación debe buscar horizontes distintos?

Es evidente que en este caso chocan, de un lado, la fuerza mandataria de la legislación y, de otro, una cierta situación preestablecida que, de acuerdo a los presupuestos originales (autorización inicial para estudiar Derecho), ha creado una expectativa razonable en el sujeto.

La teoría del Derecho ha ensayado diversas respuestas a lo largo de la historia, ninguna de las cuales ha dado respuesta concluyente, indiscutible y exenta de excepciones. En general, se considera que en este tipo de casos entran en conflicto dos órdenes de principios:

1. De un lado, la obligatoriedad del sistema jurídico, lo que se concreta en la norma de reciente vigencia, así como la innegable atribución del Estado para alterar los mandatos del

Derecho cuando lo considera necesario en bien de la colectividad (según los términos en que el gobierno que detenta el poder del Estado considere que debe tomarse dicho bienestar o bien común).

2. De otro lado, la seguridad jurídica del sujeto que, antes de la norma de reciente vigencia, ha venido confiando en una situación planteada favorablemente a él en la norma anterior ahora trastocada. La teoría del Derecho adquirido opta por defender la seguridad jurídica; la teoría del hecho cumplido, en cambio, opta por defender la obligatoriedad de la norma reciente y la atribución que el Estado tiene de alterar los mandatos. Otras posiciones utilizan nomenclatura distinta (situación abstracta y situación concreta, situaciones jurídicas subjetivas, facultades ejercitadas, etc.), pero se refieren en sustancia a los mismos problemas y tienen similar forma de conceptualizarlos. Lo evidente es que la doctrina no llega a producir sino opiniones divididas en torno al punto, sin que se establezca una clara predominancia de una tendencia sobre la otra.

Es preciso decir que cada situación tiene sus particularidades y, en ese sentido, parece y ha parecido más conveniente analizar y resolver caso por caso, cuando se presentan estos problemas. Toda generalización parece imposible, al menos, en el actual estado de la cuestión.

Lo que podríamos resumir para concluir el punto es lo siguiente:

1. El principio de la prohibición de aplicar retroactivamente las disposiciones del orden jurídico ha sido establecido en el artículo 103 de la Constitución, y debe entenderse por tal el modificar hechos ya ocurridos con anterioridad a la vigencia de la nueva norma. En estos se hallan de acuerdo tanto la teoría del derecho adquirido como la del hecho cumplido.

2. Nuestra constitución establece la aplicación retroactiva de la norma penal cuando favorece al reo (artículo 103). También establece la teoría de los derechos adquiridos en materia contractual (artículo 62).
3. Tanto la teoría del derecho adquirido como la del hecho cumplido siguen de acuerdo en manifestar que cuando no hubiera sino simples expectativas en el sujeto al momento de darse la nueva ley, procederá su aplicación para todos los hechos que ocurran a partir de su vigencia.
4. No hay solución definitiva para el caso en el que hubiera un derecho adquirido que, sin embargo, no es aún hecho cumplido. En ese caso todo dependerá de la teoría que elija el agente de Derecho, en especial el juzgador.
5. Opinamos que la teoría del hecho cumplido, a pesar de sus relativas indeterminaciones, es más clara que la del derecho adquirido, por cuanto combina de manera más acertada la necesidad de vigencia efectiva de las normas jurídicas, con una medición más exacta de los hechos reales desde el punto de vista temporal, al establecer como punto de referencia el momento en que la norma nueva entra en vigencia. Esta es, de otra parte, la solución adoptada por la Constitución en el artículo 103 ya citado, según la modificación aprobada por la ley 28389, en la parte que dice: «La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes». La ley nueva, una vez vigente, rige las relaciones y situaciones existentes: no se sigue aplicando la ley anterior.

Constitucionalmente, entonces, la regla general será la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos. La excepción será la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en

materia de contratos (artículo 62 de la Constitución ya citado antes). Nos queda un último punto que es el de la ultractividad. Ella ocurre cuando una norma derogada continua, sin embargo, surtiendo efectos jurídicos de manera excepcional más allá del momento en que tal derogación ocurre.

6. El caso clásico en el Derecho es el de la rama penal, cuando la posición derogada es más favorable al reo y está inequívocamente establecido en el artículo 139 inciso 11 de la Constitución que dice: «Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales».

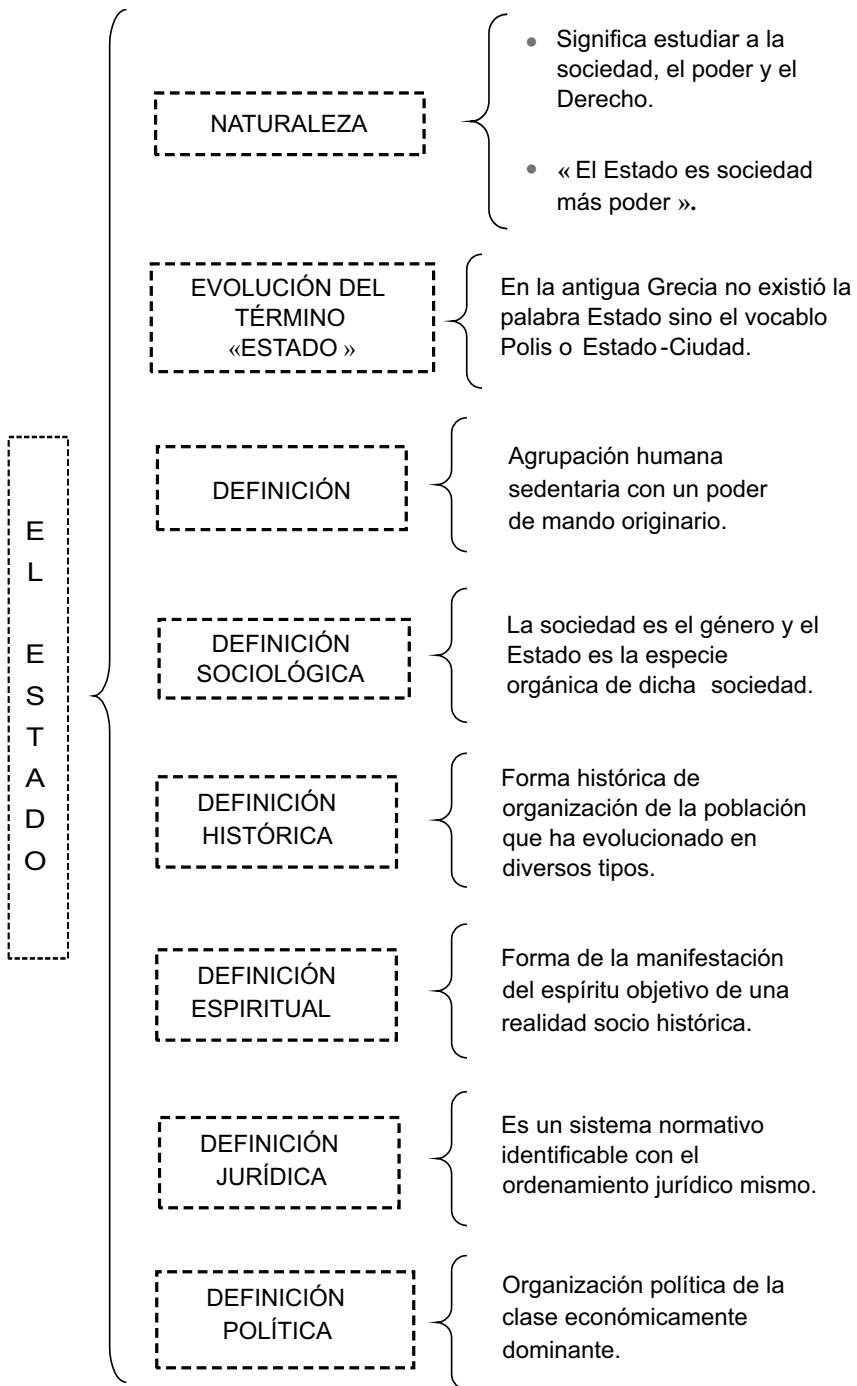
Lo propio dice el artículo 6 del Código Penal. Resulta evidente que si el delito se cometió durante la vigencia de la disposición derogada y ella es beneficiosa para el reo, entonces no rige la nueva no importando que aun esté por sentenciarse el juicio respectivo, o que ya se esté cumpliendo la condena cuando aparece la nueva forma más drástica. Si aún no se ha sentenciado, se considerará la pena más leve al hacerlo; y, si ya se está sufriendo la condena, se seguirá aplicando la establecida en la sentencia y no la nueva más grave.

Naturalmente, la ley nueva puede permitir expresamente que la que se está derogando mantenga, a pesar de tal derogación, su vigencia por un tiempo más. En esto no hay nada de particular pues la nueva ley está plenamente habilitada para estatuir tal cosa. Por lo demás, que ello ocurra no suele ser extraño ni en el Derecho en general, ni tampoco en nuestro sistema jurídico nacional.

APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEY		
APLICACIÓN INMEDIATA	APLICACIÓN RETROACTIVA	APLICACIÓN ULTRACTIVA
<p>En este supuesto la ley se aplica a las situaciones jurídicas y a sus consecuencias existentes al momento de entrada en vigencia de una ley. En dicho sentido, se pronuncia el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, el cual positiviza la teoría de los hechos cumplidos en cuanto a la aplicación temporal de la ley. Según la teoría de los hechos cumplidos, estos durante la vigencia de la ley derogada se rige por aquella mientras que los hechos, consecuencias y situaciones que se materialicen después de la entrada en vigencia de la nueva ley se rige por la misma. La teoría de los derechos adquiridos establece que al haberse adquirido determinados derechos durante la vigencia de la antigua ley debe ser esta la que siga rigiendo las consecuencias de aquello y no la nueva ley. Esta última teoría no ha sido acogida en nuestro ordenamiento jurídico.</p> <p>Además debe dejarse constancia que según lo establecido en el artículo 109 de la Constitución Política del Perú la «ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte».</p>	<p>La ley tendrá efectos retroactivos siempre que se haya determinado que la misma se aplicará, incluso, a hechos y situaciones materializadas o existentes antes de la entrada en vigencia de la nueva ley. El mismo artículo III antes señalado establece que la ley «[n]o tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú». Al respecto como ejemplos de aquello podemos señalar el artículo 103 de la Constitución Política del Perú que establece que [n]inguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo».</p>	<p>Por su parte, estaremos ante una aplicación ultractiva de la ley en aquellos casos en los que a pesar de que la ley hubiera sido derogada la misma sigue rigiendo determinados hechos y situaciones. Al respecto podemos citar el artículo 62 de la Constitución Política que establece que la «libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes y otras disposiciones de cualquier clase (...)». En tal sentido, se ha establecido la aplicación ultractiva de los términos contractuales a fin de resguardar la seguridad jurídica de los contratantes. (Avendaño Valdez Jorge, 2013 p. 44).</p>

EL ESTADO

CONTENIDO: 15.1. Naturaleza del Estado
15.2. Evolución del término Estado 15.3. Definición y concepciones previas del Estado 15.4. Definición sociológica de Estado 15.5. Definición histórica de Estado 15.6. Definición espiritual de Estado
15.7. Definición jurídica de Estado 15.8. Definición política de Estado.



15.1. NATURALEZA DEL ESTADO

El Estado es sociedad más poder, o sea, una sociedad políticamente organizada. La entidad o ser del Estado deriva de la sociabilidad humana. Estado y sociedad son indesligables en la práctica.

En cuanto a realidad socio-política, el Estado es una obra del hombre, pero de acuerdo con la naturaleza social de éste. Como dice Heller, el hombre es producto y a la vez productor de la historia. Analizar la naturaleza del Estado es un estudio conexo al de los elementos de su trama, que son la sociedad, el poder y el Derecho. Y como toda institución, el Estado es un producto de la interacción humana.

Al Estado no le admitimos en forma corpórea, sino a través de sus manifestaciones, o sea a través de la legislación, de la administración pública, de la fuerza armada, del poder ejecutivo y de los símbolos. De ahí que su naturaleza aparezca inaprehensible y es que el Estado es un concepto ante todo. Su realidad se concreta en la sociedad.

El concepto de sociedad es más extenso que el de Estado; el primero representa el género y el segundo la especie. Así el Estado no está formado por hombres, sino por actividades humanas.

15.2. EVOLUCIÓN DEL TÉRMINO ESTADO

El hombre vive en el Estado. Se nace en un Estado determinado y son los humanos en su interrelación política, los que le dan vivencia. El Estado existe porque quienes viven en él crean las instituciones políticas que lo originan.

Indudablemente que el Estado no ha sido siempre el mismo, no lo ha sido ni como forma política de los pueblos, ni siquiera en su denominación. El Estado para los griegos era la polis, en Roma era la Civitas, ciudad-estado, pero tomando más tarde como objeto usaron la designación de república para expresar con ello la cosa «común».

Se creó alrededor de los poderes políticos privados, de las corporaciones de los gremios, del alto clero, de los estamentos y de la vieja economía religiosa y política de la ciudad.

En la antigua Grecia no existió la palabra Estado sino el vocablo polis o Estado-Ciudad, consistente en el recinto espacial del ciudadano griego, el cual más que apegado a territorio, lo estaba políticamente y por siempre a la demarcación de su nacimiento. El ciudadano griego nacía y moría griego, aun en el caso de que saliera del límite de su territorio, de su polis (el vocablo territorio nace con el Estado moderno, siglo XVI).

Dice Aristóteles que la polis surge por un ensanchamiento de las familias. Según Platón, aparece por una necesidad de perfeccionamiento y de división del trabajo, por la tendencia humana hacia la perfección. ¿Por qué no es correcta la posición aristotélica?, ¿por qué no puede la familia originar al Estado?, ¿por qué la familia crea al pueblo?, ¿qué es el pueblo?

Ulpiano y Aurelio Víctor emplearon los términos STATUS REPUBLICAE Y STATUS ROMANUS para referirse al Estado Romano.

En resumen, etimológicamente la palabra Estado es moderna y corresponde en puridad a la unificación política lograda después de la era medieval. Para los griegos, la palabra *polis*, o sea ciudad, expresaba la comunidad diferenciada por un modo de vida propia. El Estado era concebido por los romanos como República o civitas. Del uso de expresiones tales como: «*Status rei romanac*» puede provenir la voz Estado. Al extender su denominación, Roma llamó *imperium* a su organización política, acentuando así el elemento decisivo del concepto Estado, que es el imperio o potestad de mandar. En el derecho germánico también se acentuó el elemento de dominio, pues el Estado fue llamado *Reich*, voz que deriva de *Regnum*, o sea, mando de un príncipe.

En cuanto construcción consciente u obra de arte, el Estado moderno apareció en la Italia de los siglos XIV y XV, cuando se centralizó el poder por reacción contra el feudalismo. La denominación «Estado» fue acuñada por Maquiavelo, desde las líneas iniciales de su obra *El Príncipe*. Tal acepción de la palabra «*stato*», derivada de la voz latina *status*, que expresa un orden, vino a responder a una necesidad general, ya que ninguna de las voces antes usadas servía para denominar la pluralidad de formas políticas existentes en Italia renacentista. Unido al hombre de una ciudad como Florencia, Génova o Venecia, el término «*stato*» dio expresión a todas las formas, fueran republicanas, monárquicas o tiránicas, o bien aplicadas a solo una ciudad o a toda una región sometida a una misma autoridad. La nueva denominación fue adoptada antes de los siglos por los principales idiomas y su uso se convirtió en universal.

15.3. DEFINICIÓN Y CONCEPCIONES PREVIAS DEL ESTADO

Una de ellas, la que podemos denominar como definición histórica es válida para todos los tiempos: «El Estado como institución política es la forma política de un pueblo o la organización política suprema de un pueblo».

Una definición moderna y aceptable, que también prima como punto de partida o de orientación, es la de Jellinek. Considera este autor que el Estado es la agrupación humana sedentaria con un poder de mando originario.

Otra definición es la de León Duguit, quien estima que el Estado existe y existió allí donde hubo una relación entre gobernantes y gobernados en orden a la solidaridad social.

En la definición de Duguit encontramos dos consideraciones previas, la primera es característica de lo estatal que el Estado se reduce a la relación entre gobernantes y gobernados. Quiere decir,

que el Estado existe desde los tiempos más antiguos de la humanidad. Allí donde apareció el hombre en comunidad y tuvo que delegar en una autoridad el permiso para actuar dentro del grupo social, indefectiblemente surgió el Estado.

En la misma definición el Estado surge reducido a la simple relación entre gobernantes y gobernados, obedeciendo a la autoridad que manda. Esta definición está en consonancia con una visión elemental.

Cicerón (106-43 A.C.) dice que el Estado es una reunión de hombres ligados por un común derecho y por la utilidad. En *De legibus*, su obra principal, se plantea: El Estado es un orden creado por la naturaleza cuya estructura está dada por instinto natural más que por la razón.

San Agustín (354-430), quien tiene una marcada influencia ciceroniana, basándose en la definición de Cicerón dice que el Estado es la agrupación de hombres ligados por la razón y por lo común de las cosas que aman.

Kant (1724-1804), en el siglo XVIII, ofrece una definición estrictamente jurídica que prepara el camino para que más tarde el neokantiano «*kelsen*» identifique el Estado con el derecho; la definición de Kant es la siguiente: el Estado es la reunión de hombres bajo leyes jurídicas.

Se dice que Cicerón además de jurisconsulto, fue un teórico que dio una pretensión científica a su definición del Estado. En el planteamiento de la pregunta: «¿Qué es el Estado sino una sociedad jurídica?».

Durkheim hace constar que el Estado resulta de la división del trabajo social, de la transformación de las formas de solidaridad, y trata de mostrar que el Estado no es más que una de las fisonomías históricas tomadas por la sociedad política. Además, cuida muy

bien de diferenciar a ésta de aquél: el Estado es un organismo que se ha vuelto preeminente en el conjunto de los grupos sociales que constituyen la sociedad política. Grupo especializado, ostentador de la autoridad soberana es el lugar donde se realizan las deliberaciones y se elaboran las decisiones que comprometen a la colectividad por entero. Esta interpretación desemboca en una concepción que ha podido llamarse mítica del Estado.

Recurriendo a una metáfora Durkheim caracteriza a éste por su capacidad de «pensar» y de «actuar», y lo convierte en el agente de pensamiento social. Le confiere asimismo una función protectora contra los peligros de despotismos de la sociedad, ya que los grupos secundarios pueden ser tenidos en jaque por el Estado.

La concepción platónica sobre el Estado manifiesta en la obra: *La República* (1987) de Platón, donde plantea que el «Estado es un organismo equiparable al del hombre», un Macroantrophos, constituido por individuos que se interrelacionan armónicamente. Con esto Platón afirma que en el Estado hay tres elementos que son una clase dominante, la de los sabios, otra defensora de la sociedad, la de las guerras y otra destinada a abastecer y obedecer a las dos primeras, la de los agricultores y artesanos. Aquí no se menciona a los esclavos, ni siquiera como integrantes del Estado inferior.

La concepción aristotélica

Sigue la concepción organicista de Platón. En su obra *La Política* afirma que la esencia del Estado no es extrahumana o sobrehumana, sino se radica en la naturaleza humana misma.

«El Estado es una alianza o asociación. Pero no una alianza transitoria hecha entre los individuos con el propósito de realizar un fin particular, predominado, sino una alianza necesaria, temporalmente establece una unión orgánica perfecta cuyos fines es la virtud y la felicidad de todos los hombres» (Aistóteles, 1987, p.194).

Analizando este enfoque aristotélico se fundamenta en la existencia de la familia constituida por el hombre, la mujer, los hijos y los siervos como elemento social y reductible; igualmente, agrega la existencia de la aldea como base material de la familia, para luego llegar a la ciudad o polis.

La concepción cristiana sobre el Estado

Está representada por la doctrina cristiana que en su influencia y proyección, sobre todo en la edad media, teorizó sobre el Estado en sus escuelas patrísticas y escolástica, siendo sus representantes más notorios San Agustín, Santo Tomás de Aquino y Francisco de Suárez.

San Agustín señala que el Estado es el producto del pecado, ya que su origen reconoce las manchas de luchas fratricidas de ambiciones y despojos. Sólo puede admitir como organización social una relativa justificación teológica en tanto sirva a los designios de Dios y a los fines de la iglesia. Es una concepción basada en la definición de Cicerón.

Santo Tomás de Aquino sostiene que el Estado es «La institución fundamental y necesaria que deriva de la naturaleza sociable del hombre. Su finalidad es establecer un orden de vida, y dentro de él lograr la satisfacción de las necesidades humanas en tanto estas están determinadas por la providencia. El Estado, es pues, en la Tierra una representación del reino de Dios, de allí que el poder estatal deba coincidir, en su aplicación finalista, con los principios tecnológicos supremos».

Francisco de Suárez sostuvo que el Estado debe conceptuarse como «Una necesaria organización social, sólo su formación real a través del libre consentimiento de los hombres, disminuyen en la vida estatal el poder recibido por Dios y los títulos y facultades a quienes han de ejercerlo».

Maquiavello sostiene una concepción histórica-empirista sobre el Estado, por tal razón en sus obras la primera década de Tito Livio. El Príncipe y el Arte de la Guerra asigna al Estado, de acuerdo a su época, «una finalidad constructiva y loable en sí misma, justificaría la adopción de muchos medios, incluso la traición y la violencia para formar un Estado independiente».

Jean Bodin, autor francés, considera que «el Estado en su estructura y organización tiene un doble método: racional y empírico» y bajo esta concepción identifica el poder y la soberanía del Estado con el gobierno, distinguiendo tres formas de gobierno: la monarquía, la aristocracia y la democracia.

Thomás Hobbes, autor de las obras «De Sive» y «Leviathan», parte de la premisa de que el hombre es un ente egoísta que únicamente persigue la satisfacción de sus necesidades personales. No es, pues, sociable por naturaleza. Y sólo por conveniencia se puede llegar a una organización social que sustente una convivencia ordenada. Por eso el Estado se conceptúa como «Una creación humana de tipo convencional. Los hombres que originariamente ejercen libertades y derechos limitados, se despojan de estos atributos y los confieren, por delegación a un monarca, facultándolo para crear y hacer aplicar las leyes con el fin de hacer efectiva una pacífica vida social. En esta delegación incondicionada de poderes radica el poder absoluto del Estado frente a cuya autoridad no puede invocarse autoridad alguna». (p.13)

Benito Espinoza, autor holandés que en el siglo XVII sostiene que nada en la naturaleza humana es injusto, refiriéndose al Estado postula: «Si es natural que los hombres usen el poder físico en un intento común de la ordenación de la vida, ese poder físico queda entonces legitimado como justo en el Estado».

Montesquieu se ocupa de la forma de Estado y sostiene que éstas son tres: la primera la república, cuyo principio fundamental

es la virtud; la segunda es la monárquica, cuyo principio fundamental es el honor; y la tercera que es el despotismo, cuyo principio es el miedo. En cuanto a su organización considera que el Estado debe estar organizado en tres poderes con su correspondiente función cada uno de ellos. Estas funciones son legislativa, administrativa, jurisdiccional.

Juan Jacobo Rousseau (1966), con criterio unitario en su pensamiento, sostiene: «El contrato social permite que todos los hombres permanezcan libres e iguales, al tiempo que el Estado, en su función tutelar, garantiza mediante la ley el ejercicio de los derechos» (Libro II, cap.1). O sea, el Estado es una institución tutelar de los derechos del hombre.

Federico Schelling, en cuanto a Estado dice: «El Estado es una especie de síntesis entre lo real y lo irreal, entre el ámbito de la libertad y el de la necesidad». Sin embargo, admite paralelamente a la existencia de la Iglesia, llegando a una solución armónica, respecto de la órbita funcional de ambas existencias.

Federico Guillermo Hegel, en la línea idealista objetiva acentúa que el Estado es la creación más perfecta del espíritu objetivo; pero asimismo, como expresión más alta de la libertad, nada existe sobre el Estado excepto lo absoluto.

Para Carlos Marx el Estado es una supra estructura política, de coacción clasista, condicionada por los modos de producción, siendo esto la institucionalización del poder que aplica la fuerza coercitiva para defender los intereses de clases.

Hans Kelsen sostiene que el Estado es un sistema normativo y todos los elementos que se le atribuyen existen por ser estructura normativa.

Para Carre de Malberg, el Estado es un sistema de órganos de poder que crean las normas jurídicas.

15.4. DEFINICIÓN SOCIOLÓGICA DE ESTADO

El conjunto de todos los fenómenos sociales que se dan en una determinada comunidad humana, identificándose esta organización con el concepto de sociedad, de tal manera que la sociedad es el género y el Estado es la especie orgánica de dicha sociedad.

15.5. DEFINICIÓN HISTÓRICA DE ESTADO

El Estado es una forma histórica de organización de la población que ha evolucionado en diversos tipos y que cada uno de ellos se caracteriza, excluye y niega por razones de necesidad histórica de su evolución, tanto en su naturaleza como en su finalidad y función circunstancial.

15.6. DEFINICIÓN ESPIRITUAL DE ESTADO

Dithey sostiene que «El Estado es una forma de la manifestación del espíritu objetivo de una realidad social histórica, sustentada en un sistema de vivencias y creaciones humanas incorporadas al mundo de los sentidos valiosos».

15.7. DEFINICIÓN JURÍDICA DE ESTADO

Bierling, Haenel, etc. sostienen que el «Estado es un conjunto de relaciones jurídicas». Kelsen: «Estado es un sistema normativo identificable con el ordenamiento jurídico mismo».

Jellinek: «Estado es una comunidad política jurídicamente organizada; y una corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando».

Finalmente, y desde el punto de vista jurídico, se identifica al Estado con el sujeto de derecho público individualizado en el órgano-funcionario, que concreta un acto jurídico de producción o ejecución de normas jurídicas, como cuando se identifica con algunos bienes o creaciones del «dominio público». Para el común del pueblo, Estado siempre está vinculado al término jurídico.

15.8. DEFINICIÓN POLÍTICA DE ESTADO

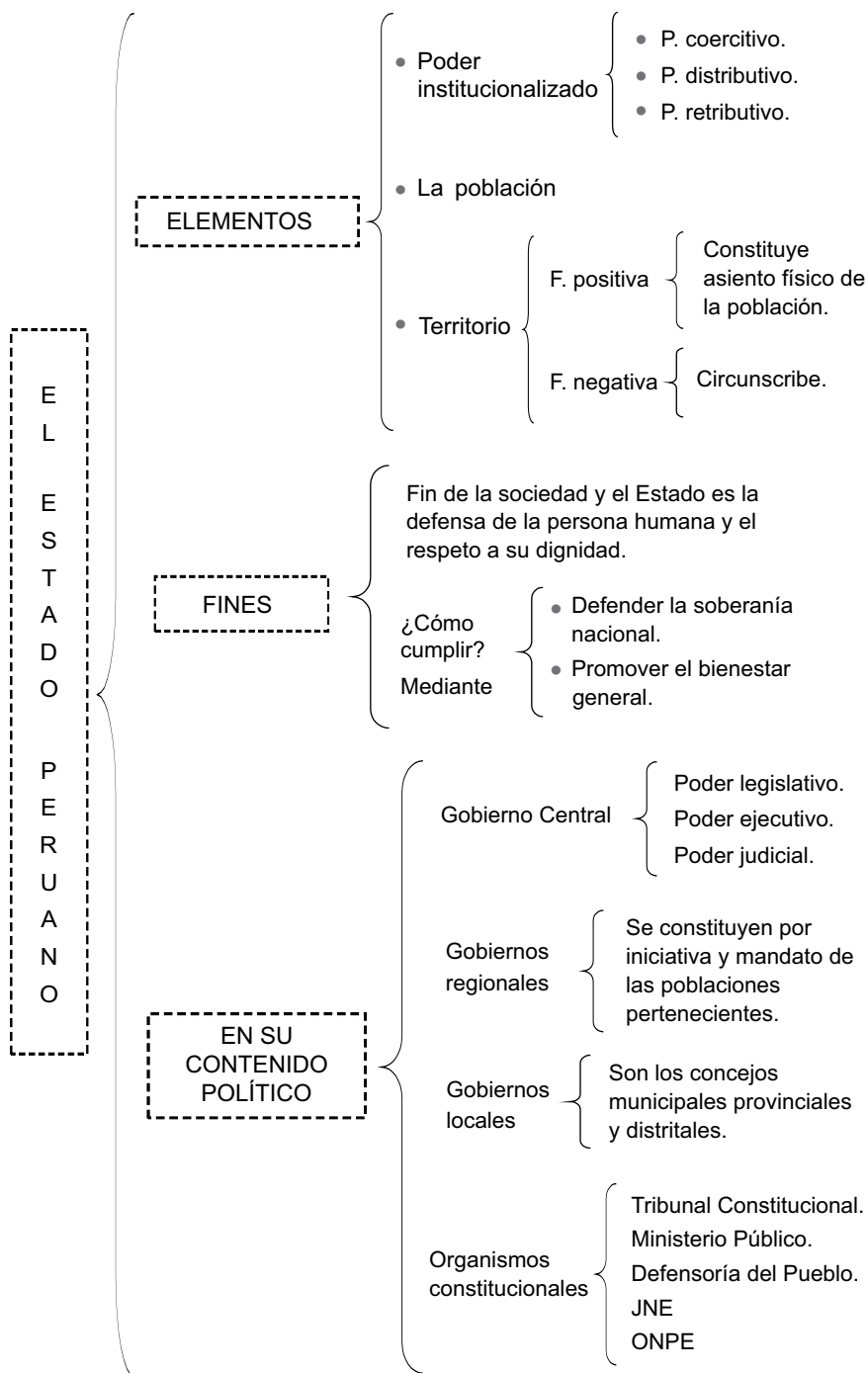
Siendo la política la concepción básica de la supraestructura de la sociedad, la cual influye en el resto de las concepciones, es la que tiene que ver en la organización política de la comunidad y en el análisis de cómo se han producido las diversas organizaciones civilizadas, una forma de organización comunitaria como es el Estado.

Santos Cruz Teodulo (1993) sostiene: «Estado es la organización política de la clase económicamente dominante, tiene por fin mantener el orden de cosas existentes y aplastar la residencia de otras clases». (p.191)

Esta definición está íntimamente ligada a la noción de la dictadura, la misma que se entiende como el poder y la maquinaria estatal que genera violencia y creatividad de premisas en todas las esferas de la vida humana, dirigida por una determinada clase social que llega a la dirección estatal contra otras u otra clase social.

EL ESTADO PERUANO

CONTENIDO: 16.1. Elementos 16.2. Fines
16.3. El Estado peruano en su contenido político
16.3.1 El gobierno central 16.3.2 Gobiernos regionales
16.3.3. Los gobiernos locales 16.3.4. Organismos
constitucionales con funciones específicas
16.3.5. La administración pública.



Dada nuestra historia y configuración política, es preciso hacer una aclaración inicial: el estudio del Estado peruano supone una marcada diferencia entre los hechos políticos y la normalidad constitucional que teóricamente le es aplicable. Si bien los primeros debían adecuarse a la segunda, es notorio que no ha ocurrido así. En este sentido, la aproximación propia de la ciencia política es sustantiva para entender nuestras características estatales. Podría parecer que hacerlo así es un ejercicio discutible por la discrepancia entre hechos y normas; pero, de un lado, es necesario conocer cómo debería ser nuestro sistema político y, de otro, conociendo podremos contribuir a solucionar sus problemas y a lograr que hechos y normas sean crecientemente compatibles.

16.1. ELEMENTOS

De su definición se desprenden los siguientes elementos:

a. El poder institucionalizado. Empero, no es suficiente un territorio determinado o la población si estos no se enlazan con una voluntad que establezca un poder unificante sobre el espacio a ocupar y sobre poblaciones que se avengan a un orden institucional. Así surge el factor dinámico del Estado: el poder, que con el paso del tiempo evoluciona, de pura fuerza coactiva a formas consensuales a base del derecho y más recientemente sujetos a una Constitución. Por tanto, el Derecho sin ser una desviación mecánica del Estado, es una de sus concurrencias integradoras más importantes.

El poder político es entendido como la realización de la facultad de mando que tiene el Estado, es decir, que el poder se representa en la autoridad a cuyo orden se encuentran sometidos los habitantes o la población de un Estado, la cual junto con el territorio forman los tres elementos del mismo.

La necesidad de una autoridad, de un poder, se hace imperiosa en una sociedad política tan compleja como la del Estado. De no existir se viviría en una monarquía, no habría orden social, ni una convivencia pacífica. Surge entonces como titular de este poder el Estado y no un individuo determinado.

El poder del Estado se caracteriza por ser:

- Originario, su realidad y cualidades son inherentes e inseparables de su existencia.
- Autónomo del exterior, sus decisiones no dependen de fuera del Estado.
- Coactivo, posee el monopolio de la fuerza organizada al interior de la sociedad.
- Centralizado, emana de un centro de decisión política al cual la nación está subordinada.
- Delimitado territorialmente, rige en el territorio del Estado y entre los habitantes de este.

Tipos de poder

Poder coercitivo: Esta relación de poder se basa en que el súbdito obedece porque el individuo que tiene el poder amenaza contra la integridad física o propia libertad del individuo súbdito. Por ejemplo, del poder estatal emana el Derecho penal. El Estado restringe la libertad personal. El tributo o la esclavitud.

Poder persuasivo: Esta relación de poder se basa en la convicción y en la identificación de las ideas o de creencias entre el que ejerce el poder y los súbditos. El que ejerce el poder da una serie de ideas u opiniones como las mejores y los súbditos las aceptan. Ejemplo: partidos políticos y sindicatos con

sus afiliados. En las huelgas la identidad entre convocadores y convocados. En las Iglesias y sus seguidores.

Poder retributivo: Esta relación de poder se basa en obedecer a cambio de una retribución. Ejemplo: la relación laboral.

- b. La población:** En un Estado es el elemento humano. Es el Estado nación o sea las personas que habitan en un determinado país. Es la base fundamental sobre la que reposa el triángulo clásico de los elementos que forman el Estado.

En el Diccionario de Cabanellas se establece que población es la cantidad de seres humanos que componen la sociedad en un Estado, provincia, ciudad.

El núcleo esencial de la población de un Estado lo forman los nacionales o sea quienes pertenecen al país cuyo nombre toma el Estado, sea por nacimiento o por adopción. Son, pues, la inmensa mayoría. Pero también forman parte eventual de la población, los extranjeros que residen en el país. Cuando se hace un censo de la población, se incluye a todos los que se encuentran residiendo en el país en el momento, aunque haciendo el distinguo entre nacionales y extranjeros.

- c. Territorio:** Un territorio determinado. La concepción tradicional del Estado encontró en la necesidad del hábitat un elemento esencial para identificar una voluntad unificante en torno a una idea de organización. Este espacio territorial debía servir, en sociedades agrarias, de fuente de alimentación, trabajo y manutención. De allí las disputas tribales por el territorio y la necesidad de establecer límites y fronteras para ejercer autoridad sobre linderos determinados. El territorio abarca las siguientes áreas: suelo, subsuelo, espacio marítimo, aguas y espacio aéreo. Al respecto podemos decir que el territorio es la porción de la superficie de la tierra sobre la cual el Estado

ejerce habitualmente su soberanía. Constituye la base física del Estado, así como el pueblo su base humana.

Se entiende por suelo toda la superficie geográfica integrada por tierras, ya sea llanuras, sierras o montañas con su flora y fauna sometida al poder político de un Estado, área geográfica enmarca entre los límites territoriales. Los límites del suelo están entre el espacio territorial marítimo y las líneas limítrofes de los otros países. Este espacio territorial se basa en el principio de *uti possidetis*. El subsuelo abarca hacia el centro de la tierra.

El espacio marítimo es la prolongación del espacio terrestre hacia el mar, comprende el mar territorial y el mar patrimonial. El mar territorial es la extensión de la soberanía de un Estado en una franja del mar adyacente a sus costas, incluyendo el lecho y subsuelo marino. Abarca una zona comprendida entre las costas y las 12 millas marinas.

La zona contigua es una zona donde el estado ejerce jurisdicción y se extiende hasta las 24 millas marinas. El mar patrimonial es una zona económica exclusiva de 200 millas marinas, donde los estados ribereños o costaneros tienen la facultad de explotar sus riquezas, renovables como no renovables que se ubican en las aguas, suelo y subsuelo respectivo.

El espacio aéreo es aquel que se encuentra sobre el espacio terrestre y mar territorial. No está clara su delimitación en altura, lo que genera problemas por ejemplo respecto de vuelos a gran altura o espaciales (colocación de aparatos en órbita en el espacio exterior).

- d. Funciones del territorio:** El territorio tiene dos funciones, una negativa y otra positiva. La función negativa es cuando circunscribe, en virtud de las fronteras, los límites de la acti-

vidad estatal y pone una frontera a la actividad de los estados extranjeros dentro del territorio nacional. Estos límites se encuentran establecidos por el derecho internacional. El estado fija sus límites por una autonomía sujeta naturalmente a las contingencias históricas y a la convivencia con los otros estados.

Pero la función del territorio no se circunscribe a estos límites. A esta función negativa se le añade una función positiva que consiste en constituir el asiento físico de su población, la fuente fundamental de los recursos naturales que la misma necesita y el espacio geográfico donde tiene vigor el orden jurídico.

16.2. FINES

Nuestra Constitución Política vigente consagra en su primera disposición que el «fin de la sociedad y el Estado es la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad». Se trata de un fin primordial y superior que se relaciona con la protección y respeto de los altos valores de la persona, su vida, su dignidad y el derecho a su plena realización.

La persona humana es un concepto abstracto que representa o simboliza a todos y a cada uno de los hombres y mujeres que conforman la sociedad, que cuando ha llegado a un estado de desarrollo y organización conforman un medio propio, un conjunto de condiciones sociales que favorecen la existencia y posibilitan su desarrollo para alcanzar el bien común.

Para alcanzar ese fin supremo, el Estado tiene que cumplir con determinados fines que devienen en esenciales y que como tales se encuentran precisados en el Art.2º de la Constitución, como deberes primordiales, el de defender la soberanía nacional y promover el bienestar general.

El bienestar general es un estado ideal que consiste en la satisfacción de las necesidades de la persona humana, en forma conveniente y oportuna.

La soberanía es «la libre y plena expresión de la voluntad humana individual y/o colectiva para poder determinar su ordenamiento y manifestarse sin ninguna influencia».

Para poder alcanzar el fin esencial de defender la soberanía nacional, es necesario que el Estado persiga el logro de otros fines que devienen en específicos como son el velar por el orden interno y por la seguridad exterior de la república, como los prescribe la Constitución, como atribución del presidente de la República para garantizar la soberanía de la nación contra todo aquello que pueda alterar el ordenamiento establecido en el ámbito interno del Estado y para hacer frente a los riesgos, peligros, posibles agresiones, etc., provenientes del exterior del país. Estos fines específicos constituyen en sí la garantía de la existencia del Estado.

Doctrinariamente, el bien común, considerado el fin supremo, lleva implícita la idea de bienestar espiritual y material de la colectividad humana, y el Estado orienta sus actividades al logro de ese fin supremo.

Para el logro de dicho bien común, el Estado realiza básicamente dos tipos de acciones mediante las cuales se alcanzan las situaciones de bienestar general y de seguridad integral. Estas situaciones conllevan al establecimiento de sus políticas respectivamente.

A fin de que el Estado pueda alcanzar el bienestar general surge la necesidad de dotar a aquel de un marco mínimo de seguridad, el que toma el nombre de seguridad integral, la que no constituye en esencia un fin en sí mismo sino que se deriva de la acción que realiza el Estado en procura del bienestar pero que es condición ineludible de éste. El bienestar origina y condiciona la seguridad, pero ambos

al fin llegan a ser situaciones interdependientes, a tal punto que no es posible alcanzar el uno en ausencia de la otra.

El bienestar se manifiesta en la administración pública a través de los servicios públicos que el Estado proporciona.

Los servicios públicos se desenvuelven por acción honesta y eficaz de los diversos organismos que integran toda la gama de la administración pública: educación, salud, alimentación, trabajo, vivienda, justicia, economía, comunicación, transporte, etc.

Cuando este conjunto de actividades se desarrollan y se cumplen a cabalidad y eficazmente en beneficio de la población, entonces se habría logrado un auténtico bienestar general o en otras palabras la seguridad integral de la nación. Sin embargo, esta idea resulta una utopía porque en ningún país se cumple en su totalidad, aunque en algunos ha avanzado notablemente.

La seguridad integral abarca los ámbitos internos, dando lugar a las situaciones de seguridad interior a cargo de las fuerzas del orden y de la seguridad exterior de la república, a cargo de los ministros de Defensa y Relaciones Exteriores; los que en conjunto constituyen la defensa nacional.

16.3. EL ESTADO PERUANO EN SU CONTENIDO ORGÁNICO

Una parte esencial de la conceptualización del Estado es su elemento orgánico, entendiendo por tal el conjunto de organismos que lo configuran y que ejercen sus funciones.

Los aspectos orgánicos de los estados han variado sustantivamente durante este siglo. Hasta la década de los setenta el aparato estatal creció y se diversificó considerablemente; pero, posteriormente, se ha producido un fenómeno de redimensionamiento y reducción de su tamaño y funciones. Este proceso continúa y, al

final, tiene que ver con la definición que de él tengamos. En cualquier caso, para conocer al Estado peruano actual debemos reconocer los siguientes componentes: Gobierno central, gobiernos regionales, gobiernos locales; distintos órganos constitucionales con funciones específicas; la administración pública y las empresas del Estado (muchas de ellas en proceso de privatización).

Cada uno de estos componentes tiene funciones diferentes y ejerce influencias distintas dentro del Derecho. Para comprender cómo es nuestro sistema jurídico y cuáles son las jerarquías existentes entre sus diversas normas, resulta de primera importancia saber, cuando menos en términos generales, en qué consisten estos componentes y cuáles son sus relaciones. Daremos aquí una visión sintética y elemental del Estado. Un panorama más completo de todos los temas teóricos y normativos de esta problemática corresponde a los estudios de Derecho Constitucional General o Teoría del Estado y a la extensa legislación existente.

16.3.1. El gobierno central

Los inicios del Estado liberal están marcados por la teoría de la separación de poderes esbozada por Montesquieu en base a la experiencia inglesa, enriquecida luego por la Constitución federal norteamericana y por la Revolución Francesa. En aquella época, los aspectos orgánicos del Estado eran más simples y reducidos que hoy. El Estado se limitaba a los tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) y a un aparato burocrático muy pequeño.

Con posterioridad, el Estado fue asumiendo cada vez más funciones y éstas fueron haciéndose más complicadas, produciéndose un vertiginoso crecimiento del aparato, y se decantaron niveles diversos dentro de su organización. Allí fue que se estableció una necesaria diferenciación y, entonces, los tres poderes clásicos pasaron a ser gobierno central como órganos políticos y administrativos de nivel

nacional, por contraste con los órganos de gobierno local (por ejemplo los municipios) y eventualmente otros de gobierno regional.

Antes de pasar a la descripción de esta parte del Estado debemos hacer precisiones entre los términos poderes y funciones del Estado.

Desde el punto de vista funcional, los poderes son tres: la potestad o función legislativa que es la de emitir las leyes del Estado; la potestad o función ejecutiva que es la de conducir la política y la administración del Estado; y la potestad o función jurisdiccional que es la de resolver, diciendo Derecho, los conflictos que requieren solución jurídica.

Desde el punto de vista orgánico, los poderes también son tres: el órgano legislativo, el órgano ejecutivo y el órgano judicial.

Originalmente, la teoría de la separación de poderes supuso que a cada órgano debía corresponder la potestad respectiva; pero la evolución de estas instituciones llevó a que cada órgano realice preponderantemente una de ellas y que también asuma, eventualmente, algo de las otras dos.

Así, el órgano legislativo dicta leyes (potestad legislativa), pero también ve asuntos administrativos propios de la potestad ejecutiva (por ejemplo todo lo referente a su organización interna y a los funcionarios que trabajan en él) y eventualmente asume funciones jurisdiccionales en ciertos estados. Lo propio ocurre con el órgano judicial y, sobre todo el órgano ejecutivo, que ha asumido en los últimos decenios tanto funciones inherentes a la potestad legislativa como a la jurisdiccional. De esta manera, podemos decir que cada órgano realiza preferentemente su función respectiva, pero que no la realiza en exclusividad desde que todos, actualmente, comparten en menor grado las otras dos funciones de acuerdo a cada caso. Esto es importante porque, según veremos a lo largo de este capítulo y de todo el

libro, el Derecho peruano es un todo complejo de normas jurídicas que se originan en los diversos órganos y que cumplen funciones especiales, de acuerdo a una jerarquización interna que está regulada por dos variables: el órgano que produce la norma y la función según la cual la produce.

Un ejemplo por adelantado nos permitirá aclarar esto: en principio, la primera norma en importancia después de la Constitución es la ley (producida por el Congreso, que es el nombre que tiene entre nosotros el órgano legislativo); y, en un nivel inferior a la ley, tenemos el decreto supremo, que es producido por el órgano ejecutivo en ejercicio de sus funciones propias.

Esto quiere decir que, para ser válida, la ley no debe contradecir a la Constitución; y que un decreto supremo, para ser válido, no debe contradecir ni a la Constitución ni a las leyes. Sin embargo, según la Constitución, a veces el Congreso puede delegar la potestad legislativa al órgano ejecutivo, en cuyo caso éste produce decretos legislativos que, aunque dados por el órgano ejecutivo (por lo que en principio se ubicarían en el tercer rango), en realidad pertenecen al segundo (al de la ley), porque el ejecutivo actúa en ejercicio de la potestad legislativa y no en ejercicio de la potestad ejecutiva (en base a la que dicta decretos supremos).

Por ello, al tratar materias jurídicas de relación entre el Estado y el Derecho, debemos diferenciar con cuidado cuándo estamos utilizando la palabra poderes en sentido orgánico, y cuándo en sentido funcional. Para diferenciarlos, cuando nos refiramos al aspecto funcional hablaremos de la potestad, función o atribución legislativa, ejecutiva o jurisdiccional; y, cuando nos refiramos al aspecto orgánico, hablaremos de órgano o poder legislativo, ejecutivo o judicial. La aclaración vale porque en otras obras referidas a este tema, el lector podrá encontrar un uso terminológico distinto o indiferenciado y, a nuestro juicio, es indispensable hacer la distinción.

a. El poder legislativo

En el Perú el poder legislativo es el Congreso de la República. Desde la Constitución de 1993 es un órgano unicameral, es decir, conformado por una sola cámara. Anteriormente tenía dos: el Senado y la cámara de Diputados, que compartían la función legislativa.

Las funciones esenciales de todo poder legislativo son dos: dictar las leyes o normas de rango inmediatamente inferior a la Constitución, y ejercitar el control político del poder ejecutivo a través de varios mecanismos establecidos constitucionalmente.

Ambas son atribuciones del Congreso de la República. Adicionalmente, la Constitución le encarga otras. Eventualmente, el Congreso puede aprobar una ley delegando la atribución de dictar leyes al poder ejecutivo el que, dentro de los términos que tal ley le fije, podrá dictar decretos legislativos que tienen fuerza y rango de Ley.

Adicionalmente, compete al Congreso de la República modificar la Constitución según el procedimiento que en ella se establece.

b. Poder ejecutivo

El poder ejecutivo es el órgano del Estado encargado de dirigir y ejecutar la marcha política del país. En los últimos decenios ha tenido un desarrollo muy importante, que le ha dado mayor influencia política y ha depositado en él una creciente cantidad de atribuciones, entre ellas, el manejo de la potestad legislativa y en menor caso de la jurisdiccional, sometidas a determinados requisitos y modalidades que iremos estudiando en capítulos posteriores. En nuestro sistema político es el órgano más dinámico de la política nacional,

aun cuando esto no quiere decir en modo alguno que sea equivalente al primer poder del Estado. Simplemente, lo que queremos resaltar es que el ejecutivo se ha convertido en el motor esencial del gobierno (en el Perú y también en el resto del mundo).

El poder ejecutivo está compuesto por dos niveles internos que son el presidente de la República y el Consejo de Ministros.

El presidente de la República es la cabeza del poder ejecutivo, lo dirige y conduce. Las atribuciones de dicho poder, en conjunto, son asignadas al presidente. Sin embargo, heredando la irresponsabilidad política del jefe de Estado que es característica a los últimos siglos de desarrollo del Derecho Constitucional, el presidente no puede ejecutar ningún acto de gobierno por sí y ante sí: para que sus actos sean válidos necesita la firma de un ministro cuando menos. Esto permite, de un lado, que los ministros actúen como responsables políticos de los actos del poder ejecutivo. Pudiendo ser eventualmente censurados por el Congreso, cuando no encausados penalmente y, al mismo tiempo crea un control al interior del mismo poder ejecutivo porque ante la perspectiva de la responsabilidad, se supone que el ministro revisará la legalidad de los actos presidenciales antes de refrendarlos, impidiendo al menos desde el punto de vista teórico que se pueda degenerar hacia formas autocráticas de gobierno presidencial.

El Consejo de Ministros es un organismo integral compuesto por el presidente de la República (que lo preside cuando asiste a sus sesiones) y por todos los ministros de Estado. En algunos casos que establecen la propia Constitución o las leyes, el voto aprobatorio del Consejo de Ministros es indispensable para

que el presidente pueda realizar sus funciones. El aporte del poder ejecutivo al sistema jurídico peruano es muy importante. Destacamos los principales aspectos:

- La función propia que tiene de aprobar reglamentos, decretos y resoluciones sin transgredir ni desnaturalizar las leyes ni, naturalmente, la propia Constitución.
- También como función propia puede proponer proyectos de ley al Congreso.
- Puede proponer modificaciones constitucionales al Congreso.
- Promulga las leyes, esto es, las ordena publicar y cumplir, sin cuyo requisito (y salvo la excepción del siguiente párrafo), no entran en vigencia.
- Puede observar las leyes aprobadas por el Congreso en virtud de lo cual ellas deben regresar a consideración del órgano legislativo, a fin de que las ratifique con un quórum calificado de votación.
- Puede interponer la acción de inconstitucionalidad de las leyes. Puede recibir en delegación la potestad legislativa, en cuyo caso está habilitado para dictar decretos legislativos del mismo rango que las leyes.
- Tiene la atribución de dictar decretos de urgencia con rango de ley.

Fuera de estas funciones en el ámbito legislativo, el poder ejecutivo es el encargado de cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los tribunales y juzgados.

Podemos decir que el rol que el poder ejecutivo juega en la configuración de nuestro sistema jurídico es verdaderamente trascendental.

c. El Poder judicial

El poder judicial es el órgano del Estado encargado de administrar justicia en el país. Ejercita la función jurisdiccional del Estado.

Hace esto mediante resoluciones judiciales, las más conocidas de las cuales son las sentencias.

El poder judicial está estructurado con los siguientes órganos de función jurisdiccional:

- La Corte Suprema de Justicia de la República con jurisdicción en todo el territorio nacional. Se organiza en salas para la administración de justicia.
- Las cortes superiores de justicia, en los respectivos distritos judiciales. También se organizan en salas.
- Los juzgados especializados y mixtos, en las provincias respectivas. Estos juzgados pueden ser civiles, penales, de trabajo.
- Los juzgados de paz letrados, en la ciudad o población de su sede y los juzgados de paz.

Así establecido en sus rasgos generales, el poder judicial es unitario en el sentido que sus diferentes niveles de organización están integrados en un solo órgano del Estado. Además, la organización del poder judicial es jerarquizada según el orden de precedencia de los órganos antes señalados.

Una característica importante de la administración de justicia por el poder judicial consiste en que sus resoluciones o sentencias finales adquieren la calidad de cosa juzgada y, una vez que han llegado a tal situación, deben ser ejecutadas y cumplidas sin demora ni modificaciones. Esto otorga al poder judicial la última y definitiva decisión en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en las materias que son de su competencia.

Los casos excepcionales en los que el poder judicial no tiene la última y definitiva decisión son, constitucionalmente hablando, los siguientes:

- La resolución de los casos que corresponden en última instancia al Tribunal Constitucional (ver el artículo 202 de la Constitución).
- Los asuntos electorales que resuelve el Jurado Nacional de Elecciones (ver los artículos 142 y 181 de la Constitución). Los asuntos que resuelve el Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces (ver el artículo 142 de la Constitución).
- Los que resuelva el fuero militar (salvo cuando aplique la pena de muerte) y los que también resuelvan los tribunales arbitrales (ver el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 139 y el artículo 173 de la Constitución).
- Finalmente, está el derecho de gracia que consiste en la amnistía que puede dar el Congreso (olvido del delito), así como en el indulto (perdón de la pena) y la conmutación de penas que pueda otorgar el poder ejecutivo (ver el artículo 102 inciso 6 y el artículo 118 inciso 21, ambos de la Constitución). Todas estas figuras modifican las sentencias penales en beneficio de los reos y, como vemos, están constitucionalmente reconocidas.

Según el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto legislativo 767 del 29 de noviembre de 1991), las salas especializadas de la Corte Suprema ordenan la publicación de las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales. Esto significa que la jurisprudencia así hecha pública, constituye precedente obligatorio para todos los fallos futuros. (Es posible contradecirles, pero con deter-

minados requisitos que trabajamos más detalladamente en el capítulo sobre jurisprudencia como fuente del Derecho).

El aporte que el poder judicial hace al Derecho es muy importante porque al administrar justicia aplica las normas jurídicas (que en su redacción sólo contienen formulaciones abstractas) a los casos concretos que, por su propia naturaleza, están llenos de matices y particularidades. De esta manera, el poder judicial recrea constantemente el Derecho enriqueciéndolo en base a su criterio de juzgador, cosa que se formula a través de la jurisprudencia como fuente de Derecho, tema al que nos referiremos extensamente en una parte posterior de este libro.

16.3.2. Gobiernos regionales

La Constitución de 1979 estableció gobiernos regionales, que debían asentarse en regiones constituidas sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, económica, administrativa y culturalmente. Ellos se crearon a fines de la década de 1980 pero, luego del golpe de Estado del 5 de abril de 1992 fueron extinguidos y algunas de sus funciones fueron asumidas por funcionarios nombrados directamente por el poder ejecutivo.

La Constitución de 1993 ha establecido en su artículo 190 que «Las regiones se constituyen por iniciativa y mandato de las poblaciones pertenecientes a uno o más departamentos colindantes. Las provincias y los distritos contiguos pueden asimismo integrarse o cambiar de circunscripción (...).

También indica, en su artículo 197 y 198 las reglas generales de organización de dichos órganos de gobierno:

«Artículo 197.- Las regiones tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia».

Les corresponden, dentro de su jurisdicción, la coordinación y ejecución de los planes y programas socio-económicos regionales, así como la gestión de actividades y servicios inherentes al Estado, conforme a ley.

Sus bienes y rentas propias se establecen en la ley. Las regiones apoyan a los gobiernos locales. No los sustituyen ni duplican su acción ni su competencia».

«Artículo 198.- La estructura organizada de las regiones y sus funciones específicas se establecen por ley orgánica.

Son las máximas autoridades de la región el presidente y el Consejo de Coordinación Regional.

El presidente de la región es elegido por sufragio directo por un período de cinco años. Puede ser reelegido. Su mandato es revocable, pero irrenunciable. Goza de las prerrogativas que le señala la ley.

El Consejo de Coordinación Regional está integrado por el número de miembros que señala la ley. Los alcaldes provinciales o sus representantes son, de pleno derecho, miembros de dicho Consejo».

Sin embargo, aún no se ha dictado toda la legislación necesaria para que las regiones puedan elegirse y empezar a funcionar por lo que, en realidad, este plano del gobierno del Estado no existe en los hechos.

16.3.3. Los gobiernos locales

Los gobiernos locales son los concejos municipales provinciales y distritales conocidos desde muy antiguo en el Perú. Han tenido existencia casi ininterrumpida desde la colonia y están conformados por los alcaldes y regidores (o concejales). Así lo establece el artículo 191 de la Constitución que dice:

«Artículo 191.- Las municipalidades provinciales y distritales, y las delegadas conforme a ley, son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia».

Corresponden al Concejo las funciones normativas y fiscalizadoras; y a la alcaldía, las funciones ejecutivas.

«Los alcaldes y regidores son elegidos por sufragio directo, por un período de cinco años. Pueden ser reelegidos. Su mandato es revocable pero irrenunciable. Gozan de las prerrogativas que señala la ley».

Además, muchas de las municipalidades del país cuentan con una administración compuesta por funcionarios y empleados municipales.

Las competencias de los concejos municipales son variadas y están referidas cuando menos a los siguientes aspectos: planificación del desarrollo físico de sus territorios y prestación de servicios públicos esenciales. Para su cumplimiento tienen funciones concretas en referencia a: regular el transporte colectivo, la circulación y el tránsito; prestar los servicios públicos de alumbrado y baja policía; elaborar las normas sobre zonificación y urbanismo e implementar su cumplimiento; ocuparse de desarrollar en su territorio la cultura, recreación y actividades deportivas de los vecinos; promover el turismo así como la conservación de monumentos arqueológicos e históricos, y ocuparse de otras tareas de servicio tales como el mantenimiento de cementerios, establecimiento de comedores populares al servicio de los vecinos, etc.

Para muchas de estas actividades los concejos municipales deben dictar normas jurídicas que tienen validez en su ámbito territorial y que están sometidas jerárquicamente a las disposiciones legislativas nacionales (y cuando existan, a las regionales).

De estas disposiciones jurídicas municipales dos tienen especial importancia:

- Las ordenanzas municipales, que son normas jurídicas que la Constitución trata con rango equivalente al de las leyes aunque subordinándoles a ellas.
- Los decretos de alcaldía que, para el ámbito municipal, son equivalentes a los decretos que produce el poder ejecutivo en el ámbito nacional. También están sometidos a las disposiciones nacionales, regionales y a las ordenanzas y edictos de su concejo. Establecen normas de ejecución de las ordenanzas, sancionan los procedimientos necesarios a la administración municipal, o regulan asuntos de orden general y de interés para el vecindario.

Estas disposiciones jurídicas emanadas de los Concejos y los alcaldes, tienen un peso importante en ciertas áreas de la vida social que corresponde regular y administrar a los gobiernos locales y constituyen parte del Derecho peruano.

En adición a ello, los concejos municipales desarrollan una considerable tarea de resolución de procedimientos administrativos en todas las esferas que les corresponde, de acuerdo a sus atribuciones. A través de esta labor resolutoria contribuyen de manera significativa a la generación de la jurisprudencia administrativa.

16.3.4. Organismos constitucionales con funciones específicas

Originariamente, el Estado moderno contaba con los organismos que hemos enumerado hasta aquí, haciendo además una marcada diferencia de rango entre el gobierno central y las autoridades locales. Sin embargo, el desarrollo estatal y las variadas funciones que ha ido asumiendo, han significado la necesidad de ampliar y diversificar el número de sus órganos. Es así que, en la Constitución

de 1993, figuran hasta diez organismos de rango constitucional con funciones específicas en las que tienen autonomía formal de los órganos de gobierno central. Esta autonomía equivale a decir que sus directivos o jefes, según los casos, toman decisiones en sus ámbitos de competencia sin someterse a órdenes superiores de ningún tipo. En realidad, con su aparición ya no podemos decir en sentido estricto que la teoría de la separación de poderes distribuya las potestades del poder del Estado solamente entre el ejecutivo, el legislativo y el judicial, sino que se ha diversificado más su asignación, otorgando parcelas más reducidas pero igualmente importantes de poder estos organismos con funciones específicas, las que han sido desgajadas del poder monopolizado antes por los tres órganos clásicos.

Estos organismos son el Tribunal Constitucional; el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, el Jurado Nacional de Elecciones; la Oficina Nacional de Procesos Electorales; el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil; el Consejo Nacional de la Magistratura; el Banco Central de Reserva del Perú; la Contraloría General de la República y la Superintendencia de Banca y Seguros.

Siguiendo la metodología de exposición que hemos llevado adelante hasta aquí, nos referiremos a cada uno de ellos resaltando su organización, sus funciones y su contribución al sistema jurídico.

16.3.4.1. El Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional es, según el artículo 201, el órgano de control de la Constitución. Este mismo artículo señala los rasgos generales de su composición:

«Artículo 201.- El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años».

Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miem-

bros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata.

Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación».

Las funciones del Tribunal se hallan en el artículo 202 de la Constitución:

«Artículo 202.- Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.
2. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.»

La acción de inconstitucionalidad (ver el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución) tiene por finalidad invalidar las normas de rango de ley que sean contrarias a la Constitución por el fondo o por la forma. Sólo el Tribunal Constitucional puede resolver en esta materia.

Finalmente, en el inciso tercero se le atribuye resolver los conflictos de competencias constitucionales entre los diversos órganos del Estado, lo que es un mecanismo importante para regular el ejercicio del poder dentro del Estado.

16.3.4.2. El Ministerio Público

El Ministerio Público es un organismo de rango constitucional cuya función es garantizar la legalidad de la vida en la sociedad.

Constitucionalmente es conducido por el Fiscal de la Nación. Sus funciones se hallan establecidas en el artículo 159 de la Constitución:

«Artículo 159.- Corresponde al Ministerio Público:

- Promover de edificio, o a posición, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.
- Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
- Representar en los procesos judiciales a la sociedad.
- Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.
- Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.
- Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.
- Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.»

Los aportes centrales del Ministerio Público al Derecho en el Perú son los siguientes:

- Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad en sentido amplio, defendiendo al pueblo y a la sociedad, tanto ante el poder judicial como ante la administración pública.
- Determinar los casos en que procede iniciar la acción penal pública, dándole trámite por denuncia oficial y exclusiva ante los Tribunales.

El Ministerio Público, por tanto, no produce normas jurídicas de ningún tipo, ni tampoco emite resoluciones. Sin embargo, colabo-

ra en la administración de justicia y a la más plena vigencia del orden jurídico, pudiendo hacerlo tanto por denuncia de parte como de oficio, es decir, sin necesidad de denuncia pública o privada.

16.3.4.3. La Defensoría del Pueblo

Es un órgano creado en la Constitución de 1993 que tiene por finalidad la protección de los ciudadanos, tanto en lo que respecta al cumplimiento de los derechos humanos como en la mejor atención de la administración pública. La Defensoría no emite resoluciones mandatorias, pero investiga, informa al Congreso y a la opinión pública sobre los problemas, e invita a dar solución a los mismos. Sus funciones principales se hallan establecidas en el artículo 162 de la Constitución:

Artículo 162.- Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. El Defensor del Pueblo presenta informe al Congreso una vez al año, y cada vez que éste lo solicita. Tiene iniciativa en la formación de las leyes. Puede proponer las medidas que faciliten el mejor cumplimiento de sus funciones. La Defensoría es conducida por el Defensor del Pueblo, quien es elegido por el Congreso con el voto de los dos tercios del número legal de congresistas.

16.3.4.4. El Jurado Nacional de Elecciones

El Jurado Nacional de Elecciones es el órgano constitucional que tiene por finalidad fundamental garantizar que las votaciones ciudadanas sean realizadas de acuerdo con la Constitución y la ley, contribuyendo de esta manera a la más plena vigencia de la democracia representativa.

Orgánicamente, el Jurado Nacional de Elecciones es diseñado por el artículo 179 de la Constitución:

«Artículo 179.- La máxima autoridad del Jurado Nacional de Elecciones es un Pleno compuesto por cinco miembros:

1. Uno elegido en votación secreta por la Corte Suprema entre sus magistrados jubilados o en actividad. En este segundo caso, se concede licencia al elegido. El representante de la Corte Suprema preside el Jurado Nacional de Elecciones.
2. Uno elegido en votación secreta por la Junta de Fiscales Supremos, entre los Fiscales Supremos jubilados o en actividad. En este segundo caso, se concede licencia al elegido.
3. Uno elegido en votación secreta por el Colegio de Abogados de Lima, entre sus miembros.
4. Uno elegido en votación secreta por los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades públicas, entre sus ex decanos.
5. Uno elegido en votación secreta por los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades privadas, entre sus ex decanos».

Sus funciones son las siguientes:

«Artículo 178.- Compete al Jurado Nacional de Elecciones:

1. Fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales, del referéndum y de otras consultas populares, así como también la elaboración de los padrones electorales.
2. Mantener y custodiar el registro de organizaciones políticas.
3. Velar por el cumplimiento de las normas sobre organizaciones y demás disposiciones referidas a materia electoral.
4. Administrar justicia en materia electoral.
5. Proclamar a los candidatos elegidos; el resultado del referéndum o el de los otros tipos de consulta popular y expedir las credenciales correspondientes.
6. Las demás que la ley señala.

En materia electoral, el Jurado Nacional de Elecciones tiene iniciativa en la formación de las leyes.

Presenta al Poder Ejecutivo el proyecto de presupuesto del sistema electoral que incluye por separado las partidas propuestas por cada entidad del sistema. Lo sustenta en esa instancia y ante el Congreso».

El jurado, según el artículo 181 de la Constitución, resuelve en materias de votación como instancia final, definitiva, y no son revisables. Por eso decimos que, en estos asuntos, el jurado ejerce jurisdicción y este es su aporte al Derecho.

Junto a la Oficina Nacional de Procesos Electorales y al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, conforma el sistema electoral previsto en la Constitución.

16.3.4.5. La Oficina Nacional de Procesos Electorales

Es un órgano constitucional nuevo, establecido en la Constitución de 1993 y que tiene por finalidad fundamental la de organizar y realizar todas las votaciones ciudadanas del país. Las normas básicas que le están referidas se hallan en el artículo 182 de la Constitución que dice lo siguiente:

Artículo 182.- El Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales es nombrado por el Consejo Nacional de la Magistratura por un período renovable de cuatro años. Puede ser removido por el propio Consejo por falta grave. Está afecto a las mismas incompatibilidades previstas para los integrantes del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones.

Le corresponde organizar todos los procesos electorales, de referéndum y los de otros tipos de consulta popular, incluido su presupuesto, así como la elaboración y el diseño de la cédula de sufragio. Le corresponde asimismo la entrega de actas y demás material necesario para los escrutinios y la difusión de sus resultados. Brin-

da información permanente sobre el cómputo desde el inicio del escrutinio en las mesas de sufragio. Ejerce las demás funciones que la ley le señala.»

Como organizadora de los comicios, dicta normas generales para su realización.

Estas normas van a ser de carácter legislativo y están indicadas en el artículo 186 de la Constitución que dice:

Artículo 186.- La Oficina Nacional de Procesos Electorales dicta las instrucciones y disposiciones necesarias para el mantenimiento del orden y la protección de la libertad personal durante los comicios. Estas disposiciones son de cumplimiento obligatorio para las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional». Junto al Jurado Nacional de Elecciones y al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, forma el Sistema Electoral establecido en la Constitución.

16.3.4.6. El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil

Es el órgano del Estado que tiene por finalidad llevar a cabo los registros fundamentales en relación a las personas, y dar las constancias y documentos de identificación del caso. Destaca entre estas atribuciones el hecho de que mantiene el padrón de electores del Perú, y que otorga también el documento nacional de identidad.

La norma jurídica que le es aplicable es el artículo 183 de la Constitución que dice:

Artículo 183.- El Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil es nombrado por el Consejo Nacional de la Magistratura por un período renovable de cuatro años. Puede ser removido por dicho Consejo por falta grave. Está afecto a las mismas incompatibilidades previstas para los integrantes del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones.

El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil tiene a su cargo la inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios,

defunciones, y otros actos que modifican el estado civil. Emite las constancias correspondientes. Prepara y mantiene actualizado el padrón electoral. Proporciona al Jurado Nacional de Elecciones y a la Oficina Nacional de Procesos Electorales la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones. Mantiene el registro de identificación de los ciudadanos y emite los documentos que acreditan su identidad. Ejerce las demás funciones que la ley señala. Junto con el Jurado Nacional de Elecciones y la Oficina Nacional de Procesos Electorales conforma el sistema electoral establecido en la Constitución.

16.3.4.7. El Consejo Nacional de la Magistratura

El Consejo Nacional de la Magistratura establecido por la Constitución de 1993 es un órgano independiente que selecciona y nombra a los jueces y fiscales, que los ratifica periódicamente en sus cargos y que les aplica la sanción de destitución.

Su composición ha sido establecida en el artículo 155 de la Constitución de la siguiente manera:

«Artículo 155.- Son miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, conforme a la ley de la materia:

1. Uno elegido por la Corte Suprema, en votación secreta en Sala Plena.
2. Uno elegido, en votación secreta, por la Junta de Fiscales Supremos.
3. Uno elegido por los miembros de los Colegios de Abogados del país, en votación secreta.
4. Dos elegidos, en votación secreta, por los miembros de los demás Colegios Profesionales del país, conforme a ley.
5. Uno elegido en votación secreta, por los rectores de las universidades nacionales.
6. Uno elegido, en votación secreta, por los rectores de las universidades particulares.

El número de miembros del Consejo Nacional de la Magistratura puede ser ampliado por éste a nueve, con dos miembros adicionales elegidos en votación secreta por el mismo Consejo, entre sendas listas propuestas por las instituciones representativas del sector laboral y del empresarial.

Los miembros titulares del Consejo Nacional de la Magistratura son elegidos, conjuntamente con los suplentes, por un período de cinco años.

Sus funciones se hallan establecidas en el artículo 154 de la Constitución:

Artículo 154.- Son funciones del Consejo Nacional de la Magistratura:

1. Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles. Dichos nombramientos requieren el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros.
2. Ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años. Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público. El proceso de ratificación es independiente de las medidas disciplinarias.
3. Aplicar la sanción de destitución a los vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias. La resolución final, motivada y con previa audiencia del interesado, es inimpugnable.
4. Extender a los jueces y fiscales el título oficial que los acredita.»

Las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura referentes a la evaluación y ratificación de jueces no son revisables por los tribunales (artículo 142 de la Constitución). Por consiguiente, en estas materias las decisiones del Consejo son inmodificables y deben ser cumplidas: tienen naturaleza jurisdiccional.

16.3.4.8. El Banco Central de Reserva del Perú

El Banco Central de Reserva del Perú es una institución establecida por la Constitución del Estado, cuyas principales funciones son regular la moneda y el crédito del sistema financiero y administrar las reservas internacionales del país.

El Banco es autónomo de los demás órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones y está gobernado por un directorio nombrado por los poderes del Estado.

Dice al respecto el artículo 86 de la Constitución:

Artículo 86.- El Banco es gobernado por un Directorio de siete miembros. El Poder Ejecutivo designa a cuatro, entre ellos al Presidente. El Congreso ratifica a éste y elige a los tres restantes, con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros.

Todos los directores del Banco son nombrados por el período constitucional que corresponde al Presidente de la República. No representan a entidad ni interés particular algunos. El Congreso puede removerlos por falta grave. En caso de remoción, los nuevos directores completan el correspondiente período constitucional».

Para el ejercicio de sus competencias el Banco realiza diversos actos, destacando la emisión de normas generales llamadas circulares. Estas regulan el tipo de cambio de la moneda nacional con las divisas exteriores; dan disposiciones sobre asuntos cambiarios, tasas de interés, encajes bancarios, etc. En todo ello actúa como productor de normas legales, con independencia de otros organismos del Estado (aun cuando debe coordinar con los encargados del aparato económico y financiero, sobre todo con el Ministerio de Economía).

16.3.4.9. La Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República es un organismo autónomo y central dentro del sistema nacional de control, cuya misión

consiste en velar por el manejo legal y honrado de los recursos del Estado, conforme a Ley.

Su jefe es el contralor general de la República, funcionario designado por el senado a propuesta del presidente de la República por un plazo de siete años. No puede ser removido de su cargo sino por haber cometido falta grave. De esta manera, el contralor tiene estabilidad en su cargo, puede actuar con criterio de conciencia y alejado de presiones políticas.

La norma constitucional aplicable a ella es el artículo 82 que dice:

«Artículo 82.- La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.

El contralor general es designado por el Congreso, a propuesta del poder ejecutivo, por siete años. Puede ser removido por el Congreso por falta grave.»

La contraloría General de la República tiene, así, un considerable poder legal y moral sobre el Estado. En la ejecución de sus funciones produce diversos procedimientos administrativos de supervisión y observación al uso de los recursos públicos, contribuyendo también a la formación de la jurisprudencia administrativa en este aspecto sustantivo del quehacer estatal. La Contraloría, sin embargo, no tiene competencia para procesar los delitos que se cometan en agravio del patrimonio del Estado debiendo, en este caso, tramitar la denuncia correspondiente ante el Ministerio Público.

16.3.4.10. La Superintendencia de Banca y Seguros

La Superintendencia de Banca y Seguros es un organismo previsto constitucionalmente que ejerce, en representación del Estado,

el control de las empresas bancarias y de seguros, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley (Constitución, artículo 87).

Su jefe es el superintendente de banca y seguros.

En el ejercicio de su función de control, la Superintendencia realiza diversos procesos administrativos que generan resoluciones administrativas, puede intervenir las empresas financieras con amplios poderes y presenta ante el Ministerio Público las denuncias a que haya lugar por manejos irregulares en dichas empresas.

16.3.4.11. Síntesis general

La variedad y diversidad de competencias de todos estos organismos constitucionales con funciones especiales, es compleja y problematiza la comprensión general de la estructura del Estado. Sin embargo, una descripción general como la que hemos hecho nos permite ver que prácticamente todos ellos contribuyen a la producción del Derecho peruano en dos aspectos: La aprobación de normas generales bajo forma de resoluciones. La conducción de procedimientos administrativos que producen jurisprudencia en este campo.

Esta revisión nos será útil, principalmente, para abordar luego el estudio de las fuentes formales del Derecho peruano, especialmente la legislación y la jurisprudencia.

Por último, cabe agregar que cada organismo tiene una ley orgánica que regula su estructura y funcionamiento con detalle. No corresponde analizarlas en una descripción general como la que hacemos aquí.

16.3.5. La Administración Pública

Los órganos del gobierno central así como los gobiernos regionales, concejos municipales y varios organismos constitucionales

con funciones específicas, tienen por debajo de sus jefes u organismos internos rectores, un conjunto más o menos amplio de funcionarios, organizados en distintas reparticiones, que son los que ejecutan, supervisan y evalúan las acciones propias del Estado, constituyendo a la administración pública. De todas las reparticiones de la administración pública, la más importante en cantidad y variedad de funciones es la que depende del poder ejecutivo. La siguen los funcionarios municipales. Si bien la administración pública nace para cumplir funciones ejecutivas, por el desarrollo del Estado ha ido adoptando otras dos que resultan importantes.

La producción de normas generales vía reglamentos, decretos y resoluciones y la resolución de problemas derivados del ejercicio de sus actividades a través de lo que se denomina procedimientos administrativos. Al hablar del poder ejecutivo vimos que podía dictar reglamentos, decretos y resoluciones sin transgredir ni desnaturalizar las leyes. En la vida moderna del Estado, estas atribuciones son normalmente desconcentradas por el presidente en los ministros y por éstos en funcionarios subordinados a él/os. Dicha situación produce el efecto de tener diversos cuerpos normativos no aprobados ni por el Congreso, ni por la máxima instancia del poder ejecutivo (presidente y ministros) sino por funcionarios inferiores que, así, adquieren importantes funciones de creación normativa.

De otro lado, al cumplir sus funciones ejecutivas, la administración pública se ve obligada a resolver diversos problemas que se van presentando en el transcurso de los hechos, lo que da lugar a los procedimientos administrativos.

Así, por ejemplo, si alguien solicita una licencia de construcción a una municipalidad, o una pensión de jubilación al Estado, o una libreta electoral, y se encuentra con que se le objeta su derecho a tales servicios por aspectos formales o de fondo, puede iniciar una reclamación contra la decisión del funcionario que deniega u observa, y

dicho trámite será llevado a cabo según normas especiales o según la norma general del procedimiento administrativo.

La administración pública está contribuyendo con vigor creciente a la conformación del Derecho peruano. Vale la pena, por ello, dar una somera revisión a sus rasgos fundamentales.

a. La administración del poder ejecutivo

Este ámbito de la administración pública está conformado por tres elementos básicos: los sectores, los sistemas y las instituciones públicas.

a.1. Los sectores y los ministerios

Los sectores son la suma de las personas, instituciones y recursos de todo tipo, públicos y privados, que realizan las actividades sociales en el país. Cada sector tiene un ministerio a la cabeza pudiendo haber más de un sector en cada ministerio según las disposiciones establecidas en la Ley del Poder Ejecutivo (Decreto Legislativo 560 del 28 de Marzo de 1990). La clasificación y distinción de los sectores entre sí es relativamente arbitraria. Así, por ejemplo, hoy puede parecer importante hablar de un solo sector en materia de transportes y comunicaciones, pero mañana puede ser importante subdividirlo, o integrarlo con un tercer campo. El mismo Decreto Legislativo 560 establece, en su artículo 19, que «los Ministerios son los organismos administrativos del Poder Ejecutivo que formulan, en coordinación con los Gobiernos Regionales, las políticas sectoriales de su competencia».

Les corresponde dictar las normas sectoriales de alcance nacional en los asuntos de su competencia y prestar, a través de los organismos públicos descentralizados que se reservan expresamente al nivel central del gobierno, bienes y servicios sectoriales así como supervisar y evaluar la ejecución de las políticas sectoriales. Tienen a su cargo la supervisión y control de las instituciones públicas des-

centralizadas que conforman el sector correspondiente. Asimismo, ejecutan las acciones e inversiones en los casos que son reservadas al gobierno nacional.

A la cabeza de cada ministerio existe un ministro de Estado que se encarga de la dirección y la gestión de los servicios públicos en los asuntos de su ministerio.

El ministro reúne así dos calidades simultáneamente: es un político en tanto cabeza del ministerio e integrante del Consejo de Ministros; y es la cabeza administrativa de su sector.

En el Derecho esta situación se refleja claramente porque, a veces, el ministro produce normas generales bajo la forma de resoluciones ministeriales, resoluciones supremas o decretos supremos, firmando al lado del presidente y haciéndose responsable político de ellos. Otras veces podemos ver, y sucede con frecuencia, que el ministro es instancia de resolución dentro del procedimiento administrativo.

Debajo del ministro, en cada ministerio, hay uno o más vicesministros que colaboran estrechamente con él en el ejercicio de sus atribuciones. Luego vienen en gradación jerárquica los directores generales, directores, etc.

La estructura de la administración pública del poder ejecutivo es muy compleja y cada ministerio tiene características propias según su respectiva ley orgánica. No se puede dar una descripción uniforme para todos ellos.

Baste con saber que un procedimiento administrativo puede iniciarse en cualquier nivel de la organización administrativa y, de allí, sube uno o dos escalones hasta agotar la vía procesal. (Esta es la norma general establecida en la legislación. Una versión más detallada se da en el capítulo referente a la jurisprudencia como fuente del Derecho).

Al mismo tiempo, nuestra legislación contiene normas generales que pueden ser producidas por los directores generales mediante resoluciones directorales.

a.2. Los sistemas

Un sistema es la suma organizada de normas, órganos y procesos destinados a proveer a la administración pública de los insumos necesarios para cumplir eficientemente sus fines institucionales. En esta medida, y como ocurre con los sectores, no es un organismo sino un concepto en el que se comprende a varios elementos, entre los que se cuentan distintos organismos públicos.

Tenemos actualmente varios sistemas en la administración pública del gobierno central. Entre ellos el sistema nacional de cuentas, el sistema nacional de personal, el sistema nacional de defensa nacional, el sistema nacional de defensa civil, el sistema de inteligencia nacional. Cada uno de ellos tiene un órgano central y ramificaciones dentro de los diversos organismos públicos con los cuales trabaja, o en distintos lugares del territorio, según cada caso. Los organismos centrales de los sistemas producen normas generales que regulan diversos aspectos específicos del trabajo y modo de operación de la administración pública, y también de la población; muchas veces realizan procedimientos administrativos de los que ya hemos comentado antes.

a.3. Las instituciones públicas

Las instituciones públicas son organismos especializados en el cumplimiento de determinadas funciones que les son asignadas por sus leyes de creación y que están subordinadas, según cada caso, a los organismos rectores de los distintos sectores (ministerios) o a la presidencia del Consejo de Ministros.

En el Perú hay varias de estas instituciones llamadas, a menudo, organismos públicos descentralizados. De la larga lista podemos referirnos al Instituto Nacional de Administración Pública, Instituto

Nacional de Fomento Municipal, Instituto Nacional de Estadística, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Instituto Peruano de Energía Nuclear, etc. Dos de estas instituciones son particularmente conocidas: SUNAT Y SUNAD.

El artículo 1 de la Ley 24829 creó la SUNAD en los siguientes términos:

Créase la Superintendencia Nacional de Aduanas como Institución Pública Descentralizada del Sector Economía y Finanzas, con personería jurídica de derecho público, con patrimonio propio y autonomía funcional, económica, técnica, financiera y administrativa. La Superintendencia Nacional de Aduanas tendrá por finalidad administrar, aplicar, fiscalizar, sancionar y recaudar los aranceles y tributos del Gobierno Central que fije la legislación aduanera, Tratados y Convenios Internacionales y demás normas que rigen la materia y otros tributos cuya recaudación así como la represión de la defraudación de Rentas de aduanas y del contrabando, la evasión de tributos aduaneros y el tráfico ilícito de bienes.

El artículo 2 de la Ley 24829 creó la SUNAT en los siguientes términos:

Créase la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria como institución Pública Descentralizada del Sector Economía y Finanzas, con personería jurídica de derecho público, con patrimonio propio y autonomía funcional, económica, técnica, financiera y administrativa. La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria tendrá por finalidad diseñar y proponer medidas de política tributaria: proponer la reglamentación de las normas tributarias; administrar, aplicar, fiscalizar, sancionar y recaudar los tributos internos del Gobierno Central y otros tributos cuya administración se le asigne. «Varias de las instituciones públicas cumplen las dos funciones que hemos señalado en vinculación con el Derecho: producción de normas generales y conducción de procedimientos administrativos».

a.4. Administración municipal

Cada Concejo Municipal, según sus dimensiones y recursos, cuenta con una administración encargada de realizar las funciones propias de dichos gobiernos locales, y que hemos reseñado oportunamente. El jefe de la administración municipal es el respectivo alcalde. La administración municipal no aprueba normas generales (atribución que en este caso detentan el Concejo y el alcalde según vimos), pero sí realiza numerosos procedimientos administrativos vinculados a los servicios, acciones y controles que competen a cada municipalidad. La jurisprudencia administrativa de las municipalidades es cuantiosa e importante en muchos aspectos de la vida social y, por ende, del Derecho.

a.5. Administración de los poderes legislativo y judicial

Estos dos poderes también cuentan con sendas administraciones para el cumplimiento de sus fines, que dependen respectivamente de la mesa directiva del Congreso y de la Corte Suprema de la República. Por la naturaleza de sus funciones, dichas administraciones carecen de relevancia para la producción jurídica pues no tienen funciones importantes ni en la creación de normas, ni en la implementación de procedimientos administrativos frente a la ciudadanía en general.

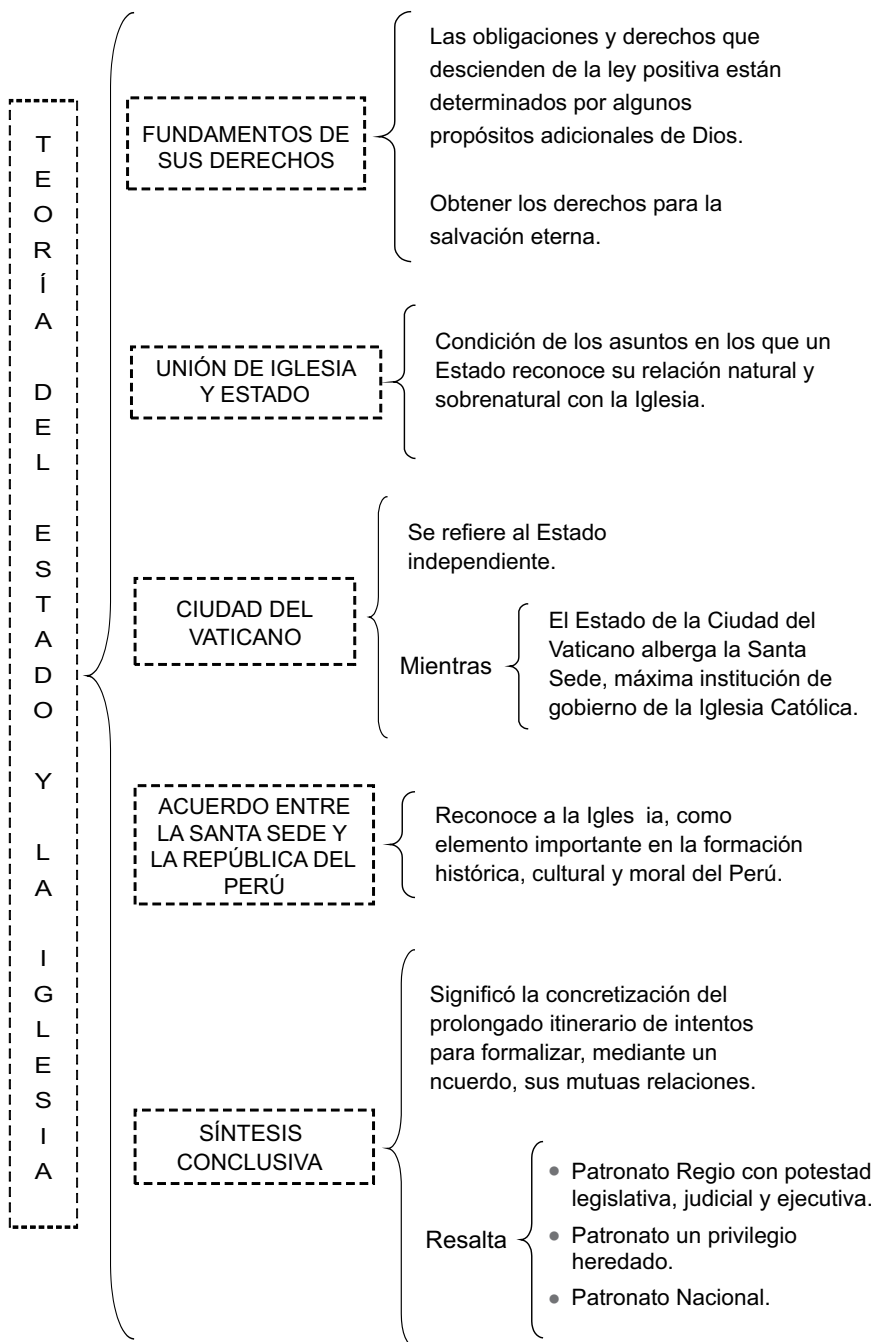
a.6. Las empresas del Estado

Por último están las empresas del Estado, que tienen por finalidad ocupar aquellos ámbitos del quehacer productivo o de servicios que el Estado decide reservar para sí. Las empresas públicas tuvieron un significativo crecimiento hasta los años ochenta. Entonces se las criticó por ser ineficientes y deficitarias, lo que en algunos casos era cierto y en otros no. En cualquier caso, el proceso de privatización de empresas públicas se ha desatado a lo largo y ancho del

mundo en los últimos años. Lo propio ha ocurrido en el Perú a partir de los años noventa. Hasta hace un tiempo, algunas empresas públicas podían tener atribuciones propias de la administración pública. Hoy no influyen en el Derecho.

TEORÍA DEL ESTADO E IGLESIA

CONTENIDO: 17.1. Los fundamentos de sus derechos
17.2. Unión de Iglesia y Estado 17.3. Ciudad del
Vaticano 17.4. Acuerdo entre la Santa Sede y la
república del Perú 17.5. Síntesis conclusiva.



Según Rodríguez Ruiz Juan (2006):

La Iglesia y el Estado son ambas sociedades perfectas, lo que es decir, cada uno aspirando al bien común proporcionado con la necesidad de la humanidad en su conjunto y finalmente en un tipo de vida genérico, y cada uno jurídicamente competente para proveer todos los medios necesarios y suficientes para ello. El Estado está éticamente demostrado de ser tal, y la Iglesia tiene similar demostración desde la teología de la revelación cristiana. En razón de su coexistencia en la tierra, comunidad de sujetos, y una necesidad común de algunos medios de actividad iguales, es inevitable que ellos deban tener relaciones mutuas en el orden jurídico. Para expresar estas relaciones brevemente desde un punto de vista ético, que el alcance del presente artículo será necesario puntualizar.

17.1. LOS FUNDAMENTOS DE SUS DERECHOS

Todos los derechos y obligaciones en la tierra vienen en última instancia de Dios, a través de la ley divina, ya sea natural o positiva. El carácter de nuestros deberes y obligaciones naturales es determinado por el propósito para el cual el creador dio forma a la naturaleza del hombre, y el conocimiento natural de ellos se adquiere por la razón humana de las aptitudes, tendencias y necesidades de la naturaleza. Las obligaciones y derechos que descienden de la ley positiva están determinados por algunos propósitos adicionales de Dios, por sobre y por encima de las exigencias de la naturaleza humana, y pueden ser aprendidos solamente por la revelación divina, ya sea en sus declaraciones explícitas o en sus contenidos racionales. El hombre tiene un fin último de su existencia: la felicidad eterna en una vida futura. Pero el hombre tiene otro doble propósito próximo: ganarse sus títulos para la felicidad eterna, y obtener hasta cierta medida la felicidad temporal consistente con el previo propósito cercano.

El Estado es una institución natural, cuyos poderes, por lo tanto, provienen de la ley natural y están determinados por el carácter

del propósito natural del Estado más cualquier limitación que Dios haya ordenado en la ley positiva divina debido a los requerimientos del fin último del hombre. La Iglesia es una institución positiva de Cristo el hijo de Dios, cuyos poderes, por lo tanto, derivan de la ley positiva divina y están determinados por la naturaleza del propósito que Él le ha asignado, más cualquier concesión ulterior que Él haya hecho para facilitar el cumplimiento de ese propósito. En cualquier consideración de las mutuas relaciones de la Iglesia y el Estado son fundamentales las proposiciones arriba expuestas.

El objetivo del Estado es la felicidad temporal del hombre, y su consiguiente propósito la preservación del orden jurídico externo y la provisión de una abundancia razonable de los medios del desarrollo humano en cuanto a los intereses de sus ciudadanos y su prosperidad.

El propio hombre, sin embargo, como hemos dicho, tiene un objetivo ulterior de felicidad perfecta a realizarse solamente después de la muerte y consecuentemente el consiguiente propósito de ganarse en esta vida sus derechos a la misma. En la búsqueda de este último propósito, hablando en abstracto, él tiene el derecho natural a constituir una organización social que tome las riendas del deseo de Dios como su peculiar responsabilidad. En concreto, sin embargo, en realidad, por la ley positiva, Dios ha anulado este derecho natural y ha establecido una sociedad universal (la Iglesia) para la divina adoración y para asegurar la perfecta felicidad en el más allá. Además, Dios ha señalado al hombre un destino que no puede ser obtenido por meros medios naturales, y consecuentemente Dios le ha concedido al hombre medios adicionales proporcionados con este propósito final, poniendo estos medios a disposición del hombre a través del ministerio de la Iglesia.

Finalmente, Él ha determinado la forma de la adoración pública externa que debe rendirse, centrando el mismo alrededor de un

sacrificio, cuya importancia es intrínseca, al ser, como es, la repetición del sacrificio del calvario. El objetivo de la Iglesia es, por tanto, la felicidad sobrenatural perfecta del hombre; su consiguiente objetivo, salvaguardar el orden moral interno del bien y del mal; y sus manifestaciones externas, ocuparse por la adoración divina y proveer al hombre los medios sobrenaturales de la gracia.

El Estado, entonces, existe para ayudar al hombre en su felicidad temporal; la Iglesia, para hacerlo en la eterna. De estos dos propósitos, el segundo es más fundamental, un bien humano más grande, mientras que el primero no es necesario para la adquisición del segundo. El subsiguiente propósito dominante del hombre debe ser obtener los derechos para la salvación eterna: para ello, si fuera necesario, él debe racionalmente sacrificar su felicidad temporal. Está claro, por lo tanto, que el propósito de la Iglesia es superior en orden a la divina providencia y al recto esfuerzo humano que el del Estado. De allí que, en caso de una colisión directa entre ambos, la voluntad de Dios y la necesidad del hombre requiere que el guardián del propósito de menor rango debe ceder.

17.2. UNIÓN DE IGLESIA Y ESTADO

Hay cierta confusión en la mente del público acerca del significado de la unión de la Iglesia y el Estado. La idea esencial de tal unión es la condición de los asuntos en los que un Estado reconoce su relación natural y sobrenatural con la Iglesia, profesa la fe y practica el culto de la Iglesia, la protege, no dicta leyes que la hieran. Y en caso de necesidad y a su instancia toma todas medidas civiles justas y necesarias para procurar el objetivo divinamente señalado de la Iglesia –en la medida que todas ellas tienden al objetivo esencial del propio Estado– la felicidad temporal de los ciudadanos.

Este es en principio la normal y éticamente apropiada condición para un verdadero Estado católico. Que en la práctica haya en el

pasado obrado el mal sobre ambos, la Iglesia y el Estado, es un efecto accidental consecuente de la fragilidad y las pasiones de los instrumentos humanos que se encontraban entonces dirigiendo la Iglesia, o el Estado, o ambos. Como un intento parcial de asegurarse contra las consecuencias de tal mal, la Iglesia ha establecido por siglos concordatos con estados católicos; pero ni aún estos han podido salvar siempre la situación. Porque los concordatos, como todo otro acuerdo, aunque es firme en principios, en la práctica son sólo tan fuertes cuando se cumple con la obligación de observarlos. Entre la Iglesia y los estados no-cristianos o cristianos pero no-católicos, se espera una condición de separación, significando una condición de indiferencia del Estado hacia la Iglesia, ya que están faltando los fundamentos de las obligaciones específicas involucradas en la unión. Tal separación sería criminal para un Estado católico, como ignorancia de la sagrada obligación del Estado.

La acción en materia de Derecho objetivo por la cual un Estado, que fue alguna vez católico, declara su separación de la Iglesia no tiene sustento; pues el deber del pueblo sería recuperar su fe perdida, si realmente la ha perdido, o vivir conforme a ella si en realidad no estuviera perdida. Pero en la suposición de que lo esencial de los residentes de un Estado se haya transformado de católicos en no católicos, no ya por una pretensión hipócrita, sino de total buena fe – una condición más fácil de suponer que de que se realice – el Estado a través de errada conciencia puede procurar la separación sin falta subjetiva, con tal de que la separación se efectúe sin la sumaria disolución de contratos existentes, sin la violación de derechos conferidos a la Iglesia o a sus miembros.

Puede hacerse notar que en las recientes instancias de separación en Francia y Portugal, la ruptura de una condición de unión existente entre la Iglesia y el Estado, ha sido conducida con violación de derechos y contratos naturales y positivos, y ha resultado en sometimiento en materias de religión, de la Iglesia y de todos los

sujetos civiles, a la tiranía de las administraciones que se mofan de toda religión.

Parece una necesidad práctica en tiempos malignos, cuando la unidad de la fe está faltando tan ampliamente, una abstención gubernamental de cualquier culto o profesión de creencia denominacional específica, y una protección general y aliento a los individuos en la práctica de la religión de acuerdo con sus propios principios religiosos, dentro de los límites de la ley natural o de la aceptación general del cristianismo.

17.3. CIUDAD DEL VATICANO

El Vaticano (nombre oficial, Estado de la Ciudad del Vaticano) es una ciudad-estado ubicada dentro de la ciudad de Roma en la península Itálica, que tiene una extensión de 0,439 Km² y una población de aproximadamente 900 habitantes, por lo que resulta el Estado soberano menos extenso y menos poblado del mundo, seguido de Mónaco, que cuadruplica su tamaño. Es tan pequeño que sólo la Basílica de San Pedro es un 7% de su superficie; la Basílica y la Plaza de San Pedro ocupan un 20% del territorio. Esto lo convierte en el país más urbanizado del mundo. Su nombre viene del Monte Vaticano (del latín «vaticiniūm»: predicción; antiguamente moraba la colina un oráculo etrusco). Fue creado en 1929 mediante los Pactos de Letrán celebrados entre la Santa Sede y el entonces Reino de Italia.

La denominación oficial completa en latín de este estado independiente es: *STATVS CIVITATIS VATICANÆ* (una aproximación hispanizada de la pronunciación en latín eclesiástico es «státus chivitátis vaticáne»; según la pronunciación restituta, «státus kiuitátis uaticánae»). En italiano la denominación completa es *Stato della Città del Vaticano*.

El Estado de la Ciudad del Vaticano alberga la Santa Sede, máxima institución de gobierno de la Iglesia Católica. Aunque los dos

nombres «Ciudad del Vaticano» y «Santa Sede» se utilizan a menudo como si fueran equivalentes, el primero se refiere al Estado independiente y a su territorio, mientras que el segundo se refiere a la institución que dirige la Iglesia y que tiene personalidad jurídica propia (de derecho internacional). En rigor, es la Santa Sede, y no el Estado vaticano, la que mantiene relaciones diplomáticas con los demás países del mundo. Por otro lado, el Vaticano es el que da el soporte temporal y soberano (sustrato territorial) para la actividad de la Santa Sede.

17.4. ACUERDO ENTRE LA SANTA SEDE Y LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Nuestra investigación pretende demostrar la relevancia jurídica del acuerdo suscrito, en 1980, entre la Santa Sede y el Perú. Para este propósito –en este capítulo– intentamos encontrar los antecedentes jurídicos e históricos del acuerdo.

En este contexto surge la interrogante ¿cómo y en qué circunstancias se celebró el acuerdo? y ¿qué impacto tuvo en la población peruana, en la prensa, en el mundo político y en el derecho civil y canónico?

Para responder adecuadamente, recurrimos a la historia, como maestra, para ubicar nuestra investigación en el tiempo y en el espacio y estudiar los antecedentes jurídicos e históricos del acuerdo. Trataremos de responder a las interrogantes planteadas, analizando los antecedentes próximos al acuerdo, el contexto jurídico-político-religioso y el impacto social y político que produjo la suscripción del acuerdo, sin olvidar las objeciones surgidas recientemente.

El itinerario que recorreremos nos permite distinguir que las relaciones de la Santa Sede con el Perú, inicialmente fueron unilaterales. Posteriormente se intentó no pocas veces establecer relaciones diplomáticas, hecho que constituye la preparación del camino expe-

dito para el establecimiento formal de las relaciones a través del acuerdo que hoy concentra nuestra investigación.

17.4.1. El acuerdo entre la Santa Sede y el Perú

El acuerdo internacional suscrito entre el Estado peruano y la Santa Sede es el logro más significativo del Perú en su intento por establecer relaciones con la Santa Sede, tal como consta en el fecundo y tratinado itinerario constitucional peruano.

Por voluntad de las altas partes se suscribió el acuerdo, el 19 de julio de 1980, fue ratificado por Juan Pablo II el 22 de julio de 1980 y aprobado por el presidente del Perú, Francisco Morales Bermúdez –mediante Decreto Ley N° 23211–, el 24 de julio de 1980. Mientras que el canje de instrumentos jurídicos se realizó el 26 de julio de 1980.

Este instrumento jurídico internacional propio de los entes con personalidad jurídica internacional reconoce a la Iglesia Católica como ente con su propio ordenamiento jurídico, que es, primario, autónomo e independiente de la comunidad internacional. Por consiguiente, del Estado peruano reconoce a la Iglesia tal como hemos enunciado supra, como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú y le presta su colaboración para realizar convenientemente su misión que le es propia.

Con la suscripción del acuerdo quedó superada la institución del patronato nacional, al ser derogado el decreto dictatorial del 27 de enero de 1870, porque no se adecuaba a la realidad socio-jurídica del momento ni traducía la verdadera independencia y autonomía de la Iglesia.

El Estado peruano, según la Constitución Política de 1979, promulgada pero aún no vigente a la firma del acuerdo de 1980, había ya dejado de ser confesional, mientras que el Concilio Vaticano II hacía resonar su voz sobre la libertad religiosa con la Declaración

Dignitatis humanae y establecía, en la Constitución pastoral *Gaudium et spes*, las nuevas relaciones de la Iglesia con la comunidad política basada en el principio de la plena autonomía e independencia. En esta nueva dinámica, la Iglesia Católica no se encuentra bajo la dependencia del ordenamiento jurídico del Estado peruano, porque su ordenamiento jurídico no sólo es autónomo e independiente, sino anterior a cualquier ordenamiento jurídico positivo.

El Concilio Vaticano II ya había expresado su deseo que en lo sucesivo no se conceda a las autoridades civiles más derechos y privilegios como los recibidos por los presidentes del Perú con el patronato, y los ruega exhorta a que renuncien espontáneamente. Esta doctrina es recogida por el Codex y la declara en el can. 377 §5.

En esta perspectiva, el contenido tratado en el acuerdo -que oportunamente desarrollaremos en el capítulo II, 1.3-. es el siguiente: I El reconocimiento de la plena autonomía e independencia de la Iglesia Católica en el Perú, reconociéndole a la vez personería jurídica de carácter público y capacidad patrimonial y procesal; el reconocimiento de la personería pública de la Conferencia Episcopal Peruana y de los entes orgánicos de la Iglesia; la pre notificación oficiosa por parte de la Santa Sede al Estado peruano al crearse una jurisdicción eclesiástica o al nombrarse cargos episcopales; la posibilidad de organización de las órdenes, congregaciones religiosas e institutos seculares conforme al Código Civil peruano, respetando su régimen canónico; la garantía de la asistencia religiosa, por parte del Ordinariato militar, a los miembros de la fuerzas armadas, fuerzas policiales y servidores civiles de aquellos que sean católicos; la asistencia religiosa a los católicos internados en los centros sanitarios y de tutela a su cargo, y de los establecimientos penitenciarios; la plena libertad de la Iglesia para establecer centros educacionales de todo nivel y enseñanza ordinaria de la religión católica en la educación pública; el reconocimiento de los seminarios diocesanos y de

los centros de formación de las comunidades religiosas del segundo ciclo de educación superior; y la conveniente cooperación del Estado, incluso fiscal y económica.

17.4.1.1. La relevancia jurídica del acuerdo entre la Santa Sede y el Perú

La relevancia jurídica del presente acuerdo internacional se presenta en tres hechos; primero, el cambio sustancial del estatus jurídico de la Iglesia Católica en el Perú, que sin dejar –de algún modo– los derechos y obligaciones del régimen anterior, se estableció un nuevo estatus jurídico. El acuerdo, en segundo lugar, no hizo otra cosa que formalizar una situación de hecho aceptada por la práctica jurídica, es decir, de una situación de hecho se pasó a otra de derecho; y, en tercer lugar, el reconocimiento constitucional del acuerdo suscrito por un instrumento jurídico internacional. Tal planteamiento indica la relevancia jurídica del acuerdo de 1980.

El artículo 2 del acuerdo internacional reconoce que la Iglesia Católica en el Perú sigue gozando de la personería de carácter público, de manera que «la Iglesia puede realizar y celebrar actos jurídicos válidos sin necesidad de constituirse formalmente en persona jurídica conforme a la ley nacional porque la naturaleza de su personalidad corresponde a una persona supra nacional».

Tal personería también reconoce a la Conferencia Episcopal Peruana, a los arzobispados, obispados, prelaturas y vicariatos apostólicos existentes y a los que posteriormente pueda crear la Santa Sede.

Este reconocimiento se extiende a los cabildos eclesiásticos, seminarios diocesanos, parroquias y misiones dependientes de aquellas. Sin embargo y esto denota la diferenciación del carácter de la personalidad, las órdenes, congregaciones religiosas e institutos seculares, sin dejar su régimen canónico, pueden organizarse como asociaciones dentro del ordenamiento jurídico peruano.

La relevancia jurídica alcanza mayor claridad porque, al tratarse de un acuerdo internacional, las relaciones entre la Santa Sede y el Perú son reguladas bajo el amparo del Derecho público internacional, lo que exige que ambas partes se comprometan a respetar lo acordado, constituyéndose en el marco jurídico de sus mutuas relaciones.

A partir del acuerdo de 1980, el ordenamiento jurídico peruano «trata lo relacionado con la Iglesia Católica de manera diferente a como fue tratada desde tiempos inmemoriales», ya que la Iglesia Católica en el Perú preexistió al Estado peruano.

Por otro lado, la suscripción del presente acuerdo ha suscitado diversas reacciones y posturas frente al contenido del mismo. Partiendo de esta realidad, se plantea el estado de la cuestión, que a lo largo de nuestra investigación demostraremos, es decir, cuál es el estatus jurídico de la Iglesia en el Perú antes, durante y después del acuerdo de 1980.

Unos sostienen que el acuerdo reconoce a la Iglesia Católica y a sus jurisdicciones eclesiásticas la condición jurídica dentro del Derecho peruano; mientras que otros sostienen que el acuerdo ha facilitado el desenvolvimiento de su actividad dentro de la sociedad peruana, reconociéndole la capacidad jurídica de actuar legalmente dentro del Derecho peruano, sin necesidad de cumplir con el requisito de ser una persona jurídica conforme al ordenamiento jurídico nacional.

Nuestra tesis plantea que la Iglesia Católica, en virtud de su naturaleza y misión, tiene un ordenamiento jurídico propio y primario, que no deriva de la comunidad política, que es autónomo e independiente y anterior a cualquier ordenamiento jurídico positivo. En consecuencia, la Iglesia Católica en el Perú tiene personalidad jurídica propia de un sujeto supranacional y por ser independiente del

ordenamiento jurídico peruano es capaz de relacionarse en un nivel de paridad con la comunidad internacional y de actuar legalmente frente al Derecho peruano.

17.4.1.2. Contexto jurídico-político-religioso a la firma del acuerdo

El contexto más inmediato a la suscripción del acuerdo fue la Constitución Política de 1979. Las relaciones entre la Iglesia y el Estado peruano adquieren una nueva dimensión, el Perú dejaba de ser confesional y establecía sus relaciones con la Iglesia dentro del régimen de independencia y autonomía. En este contexto, podemos considerar tres aspectos fundamentales de la Constitución de 1979: los principios de la persona humana (contexto jurídico), la independencia y autonomía de la Iglesia (contexto político) y la libertad religiosa (contexto religioso).

No podemos prescindir de la experiencia precedente de las relaciones entre la Iglesia y el Estado peruano, donde emerge la figura central del cardenal Juan Lándazuri Ricketts, arzobispo de Lima desde 1955 hasta 1990, que desempeñó un rol preponderante en las relaciones de la Iglesia con los distintos gobiernos transcurridos durante su gestión como arzobispo de Lima y presidente de la Conferencia Episcopal Peruana.

Estas relaciones en general fueron armoniosas, a veces relativas y otras marcadas por conflictos, pero fue el golpe militar, liderado por el General Juan Velasco Alvarado, lo que provocó una crisis en la relación Iglesia-Estado. A la caída del general Velasco, le sucedió el general Francisco Morales Bermúdez con quien la Iglesia buscó tener buenas relaciones porque se presentó como un gobierno de transición hacia la democracia.

Fue precisamente durante este régimen, cuando se suscribió el acuerdo entre la Santa Sede y el Estado peruano, finalizando de este modo el sistema del «Patronato Nacional». Algunos críticos atribu-

yen un valor relativo al mencionado acuerdo por haber sido firmado con un gobierno «de facto».

Un año antes de la suscripción del acuerdo internacional de 1980, dentro de un clima de cordialidad, se celebró la Asamblea Constituyente, la que consagró con una fórmula presentada por la Conferencia Episcopal Peruana el nuevo sistema de relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado peruano, basado en un régimen de «independencia y autonomía», que a la postre era lo que también establecía el Concilio Vaticano II.

Esta llamada separación Iglesia-Estado se hizo efectiva más en el nivel jurídico que en lo social y político, porque la Iglesia en el Perú inevitablemente seguía siendo una fuerza moral y social para legitimar o no a un gobierno. De ahí que N. Stinger sostenga que: «Sería erróneo afirmar que está en disminución la influencia del factor religioso en los asuntos peruanos; y en política, presidentes y dictadores reconocen que el apoyo de la Iglesia es muy necesario para un gobierno estable».

En definitiva, podemos concluir que el contexto jurídico, político y religioso ha sido el propio de los pueblos en la búsqueda de sus legítimas aspiraciones, quedando de manifiesto el sentir nacional en la Constitución de 1979, que reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú.

17.5. SÍNTESIS CONCLUSIVA

El acuerdo suscrito entre la Santa Sede y la República del Perú en 1980 significó la concretización del prolongado itinerario de intentos para formalizar sus mutuas relaciones.

Cabe destacar los antecedentes jurídicos e históricos que se expresan en tres períodos recorridos en la vida jurídica del Perú: el

Patronato Regio con potestad legislativa, judicial y ejecutiva; el de 1821, con la independencia del Perú, cuando los presidentes consideraron el Patronato un privilegio heredado; y el de 1874, con la concesión pontificia denominada «Patronato Nacional» e incorporada a la ley de la nación, perdurando hasta la suscripción del acuerdo del 19 de julio de 1980.

El acuerdo se realizó en el contexto de una transición hacia la democracia, donde la Constitución de 1979 trataba tres temas fundamentales: los principios de la persona humana, la independencia y autonomía de la Iglesia y la libertad religiosa. Por otro lado, el artículo 86 declaraba: «Dentro de un régimen de independencia y autonomía el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú». El Estado dejaba de ser confesional y la Iglesia reafirmaba su independencia frente al Estado, dejando el camino expedito para que el Perú estableciera relaciones con la Santa Sede, en sintonía con los principios de la Constitución *Gaudium et spes*, 76.

En esta perspectiva, el acuerdo adquirió relevancia jurídica en una triple dirección: el cambio sustancial del estatus jurídico de la Iglesia en el Perú; la formalización de una situación de hecho a otra reconocida por el Derecho; y el rango constitucional que adquirió el reconocimiento de la personalidad jurídica de la Iglesia. De modo que el acuerdo es explícito al reconocer que «La Iglesia Católica en el Perú continúa gozando de la personería jurídica de carácter público», lo que confirma que ya gozaba de dicha personalidad y ahora era reconocida por un tratado internacional, lo que constituye un aspecto de la relevancia jurídica del acuerdo de 1980.

En definitiva, el acuerdo fortaleció las relaciones entre la Santa Sede y el Estado peruano. Este hecho, sin embargo, pasó casi desapercibido porque el interés nacional estaba orientado en la búsqueda de un régimen democrático. Sólo hubo reacciones tardías en

marzo de 2003, con ocasión del debate del proyecto de la reforma constitucional que presentaba no sólo objeciones, sino el establecimiento de un Estado laico en el Perú. Esta legítima participación ciudadana permitió presentar objeciones al acuerdo, pero al carecer éstos de fundamento sirven para reafirmar su validez y aplicación.

Acuerdo entre La Santa Sede y La república del Perú

La Santa Sede y la república del Perú, deseosas de seguir garantizando de manera estable y más conforme a las nuevas condiciones históricas la tradicional y fecunda colaboración entre la Iglesia Católica, Apostólica, Romana y el Estado peruano para mayor bien de la vida religiosa y civil de la Nación, han determinado celebrar un acuerdo sobre materia de común interés.

A este fin su santidad el Sumo Pontífice Juan Pablo II y su excelencia el general D. Francisco Morales Bermúdez Cerruti, presidente de la república del Perú, han nombrado sus plenipotenciarios, respectivamente, a su excelencia reverendísimo Señor Embajador Dr. Arturo García y García, ministro de Relaciones Exteriores, quien después de haber canjeado sus respectivos plenos poderes, hallados en buena y debida forma, han convenido en lo siguiente:

Artículo 1º, La Iglesia Católica en el Perú goza de plena independencia y autonomía. Además, en reconocimiento a la importante función ejercida en la formación histórica, cultural y moral del país, la misma Iglesia recibe del Estado la colaboración conveniente para la mejor realización de su servicio a la comunidad nacional.

Artículo 2º, La Iglesia Católica en el Perú continua gozando de la personería jurídica de carácter público, con plena capacidad y libertad para la adquisición y disposición de bienes, así como para recibir ayudas del exterior.

Artículo 3º, Gozan también de tal personería y capacidad jurídica, la Conferencia Episcopal Peruana, los Arzobispados, Obispos, Prelaturas, Vicariatos Apostólicos existentes y los que posteriormente pueda crear la Santa Sede.

Artículo 4º, La personería y capacidad jurídica de tales jurisdicciones eclesiásticas comprenden también a los Cabildos Eclesiásticos, a los seminarios diocesanos, y a las Parroquias y Misiones dependientes de aquellas.

Artículo 5º, Ninguna parte del territorio peruano dependerá de Diócesis cuya sede esté en el extranjero, a las Diócesis establecidas en territorio peruano no se extenderá más allá de las fronteras nacionales.

Artículo 6º, La Santa Sede comunicará al Presidente de la República la creación de cualquier Diócesis o jurisdicción eclesiástica, sin cuya notificación no gozará de la situación jurídica que le reconoce el numeral III de este acuerdo.

Trámite similar se realizará para la supresión de jurisdicciones eclesiásticas.

Artículo 7º, Nombrado un eclesiástico por la Santa Sede para ocupar algún cargo de Arzobispo u Obispo o Coadjutor con derecho a sucesión, Prelado o Vicario Apostólico, o para regir alguna Diócesis temporalmente, la Nunciatura Apostólica comunicará el nombre del mismo al Presidente de la República antes de su publicación; producida ésta el Gobierno le dará el correspondiente reconocimiento para los efectos civiles.

Los Arzobispos y Obispos residenciales serán ciudadanos peruanos.

Artículo 8º, El sistema de subvenciones para las personas, obras y servicios de la Iglesia Católica seguirá como hasta ahora. Las asignaciones personales no tienen el carácter de sueldo ni de honorarios, por tanto no constituyen renta sujeta a tributación.

Artículo 9º Las Órdenes y congregaciones religiosas y los Institutos Seculares podrán organizarse como asociaciones, conforme al Código civil peruano, respetándose su régimen canónico interno.

Artículo 10º. La Iglesia Católica y las jurisdicciones y comunidades religiosas que la integran continuarán gozando de las exoneraciones y beneficios tributarios y franquicias que les otorgan las leyes y normas legales vigentes.

Artículo 11º Consideradas las creencias religiosas de la mayoría nacional, el Estado continúa garantizando que se preste por parte del Vicariato Castrense la asistencia religiosa a los miembros de la Fuerza Armadas, Fuerzas Policiales y a los servidores civiles de aquellos que sean católicos.

Artículo 12º El presente Vicario Castrense, así como todos los Capellanes actualmente en servicio, o en situación de retiro, conservan sus grados y prerrogativas.

Artículo 13º En el futuro, ni el Vicario Castrense, ni los Capellanes dependientes de él, tendrán asimilación a grado militar ni a la jerarquía policial. Al Vicario Castrense le serán reconocidas las prerrogativas propias de un General de Brigada, y a los Capellanes las de un Capitán o su equivalencia, según el Instituto Armado o Policial en que él sirviere.

Artículo 14º Los Capellanes Castrenses tendrán derecho a promociones similares al que tienen los empleados civiles de los Institutos Armados o Policiales.

Artículo 15º, El Vicario Castrense, por las peculiares circunstancias en que deberá ejercer su servicio, será peruano de nacimiento y teniendo en cuenta su condición episcopal, será nombrado por la Santa Sede, de acuerdo con el Presidente de la República.

Artículo 16º. Los Capellanes Castrenses, de preferencia peruanos, por su condición de sacerdotes, serán nombrados por el

Vicario Castrense, y reconocidos por los Comandos Generales de los Institutos Armados y Direcciones superiores de los Institutos Policiales.

Artículo 17°. Los Capellanes Castrenses, en lo posible, serán tomados del Clero de la Diócesis en cuyo territorio se encuentra la Unidad Militar en la que prestarán servicios, y los cambios de colocación se harán previo acuerdo del Vicario Castrense con el Obispo del lugar, para su posterior presentación a los Comandos Generales o Direcciones Superiores.

Artículo 18°. El «Estado»' garantiza que se preste asistencia religiosa a los católicos internados en los centros sanitarios y de tutela a su cargo, así como en los establecimientos penitenciarios. Para el ejercicio de las Capellanías de tales obras y centros se requiere contar con el nombramiento eclesiástico, sin que sea exigible el requisito de nacionalidad: efectuando éste, será presentado por la autoridad competente para los efectos subsiguientes. Los Capellanes forman parte del Servicio Civil del Estado con todos los derechos y obligaciones, incluida la Seguridad Social.

Artículo 19°. La Iglesia tiene plena libertad para establecer centros educacionales de todo nivel, de conformidad con la legislación nacional, en el ámbito de la educación particular. Los eclesiásticos que prestan servicio en la educación particular tienen, sin que sea exigible el requisito de nacionalidad, al amparo del artículo 65°- del Decreto Ley N° 22875, los mismos derechos que los demás maestros. Para el nombramiento civil de los profesores de religión católica de los centros educativos públicos, en los que continuará impartándose, como materia ordinaria, la enseñanza religiosa, se requiere presentación de Obispo respectivo. El profesor de religión podrá ser mantenido en su cargo mientras goce de la aprobación del Obispo.

Artículo 20°. Los Seminarios diocesanos y los Centros de formación de las comunidades religiosas serán reconocidos como

Centros Educativos del segundo ciclo de la Educación Superior, de conformidad con el artículo 1540 del Decreto Ley 19326 (Ley General de Educación) mediante una certificación de reconocimiento expedida por la Conferencia Episcopal Peruana.

Dichas entidades, de conformidad con el artículo 163° de la citada Ley General de Educación, otorgarán los títulos propios a nombre de la Nación.

Artículo 21^a. Las eventuales diferencias que pudieran presentarse acerca del contenido del presente acuerdo u otros puntos que pudiesen darse se resolverán amistosamente entre las Partes.

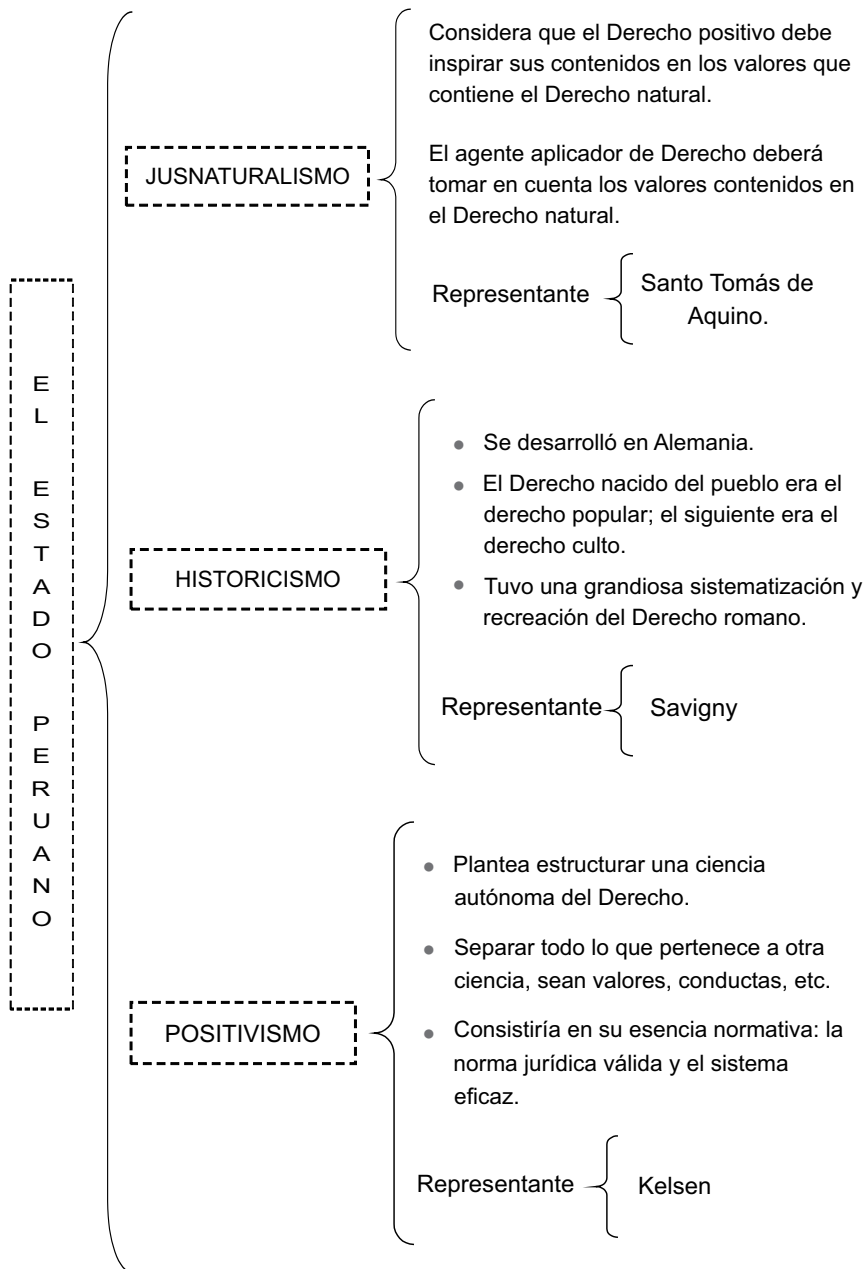
Artículo 22°. El presente acuerdo entrará en vigencia en la fecha del canje de los instrumentos de ratificación.

En fe de lo cual los plenipotenciarios firman y sellan el presente acuerdo, en doble ejemplar, en la ciudad de Lima, el día diecinueve de julio del año mil novecientos ochenta.

Por la Santa Sede, Mario Tagliaferri. Por la república del Perú, Arturo García y García.

LAS ESCUELAS DEL DERECHO

CONTENIDO: 18.1. Jusnaturalismo 18.2. Historicismo
18.3. Positivismo.



18.1. JUSNATURALISMO

El jusnaturalismo es una escuela de pensamiento para la que por sobre el derecho positivo, es decir, el derecho creado por los seres humanos mediante las normas jurídicas que producen a través de las diversas fuentes del derecho reconocidas, existe un derecho superior (el derecho natural) compuesto por un conjunto de valores que actúan como inspiración de sus contenidos y como guía de la actuación y decisiones de los agentes del Derecho.

El efecto que el jusnaturalismo asigna al derecho natural en referencia al Derecho positivo es, por tanto, doble.

- De un lado, el Derecho positivo debe inspirar sus contenidos en los valores que contiene el Derecho natural. Si este requisito no se cumple, entonces estaremos no propiamente ante normas jurídicas, sino frente a imposiciones más o menos arbitrarias según el caso de una autoridad que ejerce el poder de manera legítima.
- De otro lado, el agente aplicador de Derecho deberá tomar en cuenta, en sus actos, los dictados de los valores contenidos en el Derecho natural para ajustar a ellos su conducta cotidiana. En caso de no hacerlo, estará utilizando antojadizamente el Derecho, pero no estaría cumpliendo cabalmente su función jurídica.

Es fácil suponer que esta fuera la opinión predominante en épocas tempranas del Derecho, en las cuales aún se entremezclaba con la moral y la religión dentro de sociedades sacralizadas, desde que en ellas las convicciones éticas y valorativas en general no son puestas a prueba racionalmente, sino creídas con la fuerza de la fe. Ello permite encontrar homogeneidad donde intereses, concepciones y actitudes personales tienden a diverger desde actitudes racionalistas.

En Roma, además de las consideraciones religiosas (que incluyeron al Derecho fácilmente hasta el siglo III antes de Cristo) y de las corrientes filosóficas predominantes, hubo otra razón que impulsó al jusnaturalismo: el sistema jurídico romano fue construido a lo largo de diez siglos (desde el V antes de Cristo hasta la codificación justiniana hacia el 530 de nuestra era) mediante el aporte decisivo de los magistrados y los jurisconsultos en la solución de los casos concretos. En esta tarea de elaborar soluciones casi jurisprudenciales (utilizando metafóricamente el término), la guía principal no podían ser leyes ni disposiciones similares, sino precisamente el criterio de justicia y coherencia entre las diferentes respuestas aportadas.

Probablemente fue eso lo que llevó a Justiniano a decir que la jurisprudencia (el Derecho) es el arte de lo justo y lo injusto.

Tampoco puede extrañar que durante la Edad Media las dos vertientes fundamentales del Derecho tuvieran como paradigmas criterios de orden jusnaturalista; las costumbres eran buenas porque reflejaban lo asumido en la vida social misma, y el Derecho Canónico se fue desarrollando en base a los principios confesionales asumidos por la sociedad de entonces. Para criterios de nuestra época, es indiscutible que el orden jurídico medieval (y su organización política general) encerraba fuertes injusticias, pero es a la vez probable que ellos tuvieran cierta convicción de que era tan bueno, como buena nos parece a nosotros nuestra convicción de libertad e igualdad, que con seguridad parecerá abiertamente insuficiente en uno o dos siglos o, tal vez, en pocos decenios.

El pensamiento de Santo Tomás es, en parte, reflejo de lo que venimos diciendo.

Discierne él entre cuatro tipos de leyes:

1. La ley divina, que está en la mente de Dios y no nos es accesible por completo.

2. La ley revelada, que es la parte de la ley divina comunicada al ser humano a través de la palabra Sagrada (es decir, el texto bíblico).
3. La ley natural, parte de la ley divina que se manifiesta al hombre a través de su propia observación de la naturaleza, como por ejemplo el derecho a la vida, a la alimentación, a la protección natural de la familia, etc.
4. La ley positiva o ley humana, que es lo que hemos llamado para nuestra nomenclatura Derecho positivo.

La declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Asamblea Nacional de Francia, en agosto de 1789, es una expresión legislativa de ello al decir:

Artículo 2.- El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Atribuir derechos propios al hombre como lo hace este texto es, precisamente, una de las características del jusnaturalismo de más rancia concepción: la norma jurídica positiva no estatuye derechos, los reconoce como existentes antes que ella y, en consecuencia, sólo le compete declararlos.

Marcial Rubio Correa no considera al jusnaturalismo como un Derecho por encima y vigilante del Derecho positivo, pero sí que inspira de manera particular y sutil tanto el contenido de las normas como la conducta del agente que aplica el Derecho a través de sus variadas técnicas.

La escuela del jusnaturalismo trata de explicar que el hombre desde que nace tiene un derecho que es inherente a él, por lo cual este siempre va a prevalecer.

18.2. HISTORICISMO

Durante el siglo pasado se desarrolló en Alemania, a instancia de Savigny, la Escuela Historicista del Derecho. La posición de este notable jurista, seguida luego por varios otros que aportaron un colosal sistema jurídico al mundo contemporáneo a través de numerosas obras y del código civil alemán de 1900, suponía que cada pueblo construía en su diario quehacer el Derecho que le era correspondiente. Luego, la tarea del jurista era tomarlo, organizarlo, darle un marco teórico y convertirlo en un Derecho elaborado. El Derecho nacido del pueblo era el Derecho popular; el siguiente era el Derecho culto.

La Escuela Histórica es hoy recordada no fundamentalmente por el importante trabajo que hizo sobre las fuentes consuetudinarias alemanas, sino por su grandiosa sistematización y recreación del Derecho romano.

18.3. POSITIVISMO

El positivismo jurídico inicia su ruta hacia la preponderancia en el siglo pasado y la adquiere en los primeros decenios de éste con Hans Kelsen a la cabeza.

Kelsen plantea que para estructurar una ciencia autónoma del Derecho hay que separar todo lo que pertenece a otra ciencia, sean valores, conductas, etc, que resultan más propios de la moral, la religión, la sociología o la política. Así, lo propio del Derecho, la teoría pura del derecho, consistiría en su esencia normativa: la norma jurídica válida y el sistema eficaz que regulan efectivamente las conductas de los sujetos y la sociedad en su conjunto.

En síntesis, el positivismo jurídico ha diseñado la construcción de un modelo de teoría del Derecho válido en sí mismo y que efectivamente ha significado un aporte en términos contemporáneos a la consolidación del Estado moderno y a la mejor comprensión del Derecho.

Sin embargo, como concepción integral y excluyente de otras, nos parece insuficiente porque el Derecho tiene como finalidad regir mejor a la sociedad y no sólo ser una estructura perfecta en sí misma.

Por ello planteamos que no son desdeñables los aportes positivistas al Derecho. Al contrario, deben ser utilizados dentro del sistema jurídico porque lo explican, ordenan y aclaran; pero, al mismo tiempo, debe mantenerse la conciencia de que el Derecho no es una forma pura (ni es deseable que sea sólo eso). Es más bien una disciplina que en su desarrollo hacia el ideal de llegar a la ciencia, no debe perder riqueza, ni tampoco desdeñar contenidos que siempre le fueron caros y valiosos.

Para la escuela del Positivismo lo que va a primar es la norma como tal, por lo cual Kelsen, su máximo representante la va a dar a conocer mediante su pirámide, donde coloca en la cima a la Constitución como base para la existencia de las demás normas jurídicas.



Referencias bibliográficas

www.apastyle.org

- Aftalión, O. & V. (1960). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Albaladejo, M. (1996). *Derecho Civil I*. Volúmenes primero y segundo. Decimocuarta edición. Barcelona: José María Bosch Editor S.A.
- Álvarez, M. (1995). *Introducción al Derecho*. McGraw-Hill. México.
- Álvarez, A. (1979). *Manual de Filosofía del Derecho*. Primera edición. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Álvarez, A. (1979). *Manual de Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Álvarez, M. I. (2010). *Introducción al derecho*. México, D.F: McGraw-Hill/Interamericana. 80
- Alzamora, M. (1982). *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Octava Edición. Lima: Tipografía Sesator.
- Alzamora, M. (1972). *Introducción a la ciencia del derecho*. Liborio Estrada. Lima.
- Alzamora, M. (1987). *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Lima. Perú. Editorial y Distribuidora de Libros S.A.
- Aristóteles. (1943). *La Política*. Madrid.
- Balaguer, F. (1992). *Fuentes del Derecho*. Tomo II. Madrid: Tecnos.
- Blancas, C., Landa, C. & Rubio, M. (1992). *Derecho Constitucional general-materiales de enseñanza*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Betti, E. (1975). *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*. Primera edición en español. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Bielsa, R. (1991). *Los Conceptos jurídicos y su terminología*. Buenos Aires: Depalma.
- Bodenheimer, E. (1981). *Teoría del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. Séptima reimpresión de la primera edición. México D.F.
- Cabanellas, G. (1994). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. VIII Tomos. Vi gésimo tercera edición. Buenos Aires.

- Cabanellas, G. (1994). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo IV. Vigésimo tercera edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta
- Convenio inter Apostolicam Sedem el Peruvianam Rempubliam; cf. P. TOCANEL, «Prcmesse agli accordin del 1980 la Santa Sede y la Repubblica del Perú», Apoll (1981) 183-197; cf C. Oviedo Cavada, «Acuerdo entre la Santa Sede y el Perú», TV
- Carnelutti, F. (1955). *Teoría General del Derecho*. Primera edición en español. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Carpizo, J. (1996). *La Interpretación Judicial Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Comisión Nacional de Derechos Humanos. Primera edición. México D.F..
- Carrión, J. (2004). *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Volumen III. Primera edición. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Carrión, J. (2004). *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Volumen III. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Couture, E. (1979). *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo III. Tercera edición. Buenos Aires: Ediciones De palma.
- Couture, J. (1979). *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo III Tercera edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Del Vecchio, G. (1980). *Filosofía del Derecho*. Novena Edición. Barcelona: Editorial Bosch.
- Del Vecchio, G. (1978). *Los Principios Generales del Derecho*. Tercera Edición. Barcelona: Editorial Bosch.
- Díez, L. (1975). *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*. Reimpresión de la 1ª edición. Madrid: Editorial Ariel.
- Di Lorio, A. (1985). *Temas de Derecho Procesal*. Primera edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Díez Picazo, L. (1975). *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*. Reimpresión de la primera edición. Madrid: Editorial Ariel.
- Díez, L. & Gullón, A. (1997). *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I. Tecnos. Novena edición. Madrid.
- Díez, L. & Gullón, A. (1990). *Sistema de derecho civil*. Madrid: Tecnos.
- Dosono, J. (1946). *Lecciones de Derecho Político*. En obras completas. Tomo I. Madrid: B.A.C..
- Du Pasquier, C. (1994). *Introducción al Derecho*. 5ª edición. Lima: Editorial Jurídica Portocarrero SRL.

- Enneccerus, L. (1953). *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. Traducido de la 39ª edición alemana. Barcelona: Casa Editorial Bosch
- Frosini, V. (1991). *Teoría de la Interpretación Jurídica*. Primera edición. Santa Fe de Bogotá: Editorial TEMIS.
- Enneccerus, L. (1953). *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. Traducido de la 39ª edición alemana. Barcelona: Casa Editorial Bosch.
- García, M. (1979). *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- García, E. (1960). *Introducción al estudio del derecho*. México.
- García, V. (1995). *La ley en el Perú*. Editora jurídica Grijley.
- García, V. (2007). *Introducción a las Ciencias Jurídicas*. Segunda Edición. Juristas Editores EIRL.
- García Toma, V. (1998). *En Torno a la Interpretación Constitucional*. En Revista del Foro. Colegio de Abogados de Lima. Año LXXXVI. N° 2.
- Gerardo, M. (2010). *Introducción al derecho*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- González, J. (1986). *La dignidad de la Persona*. Citas. Madrid.
- Goldschmidt, W. (1983). *Introducción Filosófica al Derecho*. Sexta edición. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Guastini, R. (2003). *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México. Quinta edición. México: Editorial Porrúa.
- Hernández, J. (1995). *Análisis de la fórmula: 'interpretación jurídica' del párrafo cuarto del artículo 14 constitucional*. División de Estudios Jurídicos de la Universidad de Guadalajara.
- Herrera, D. (1981). *Derecho Romano*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima.
- Hobbes, T. (1965). *El Leviatán*. Universidad de Puerto Rico.
- Izaga, L. *Elementos del Derecho Político*. Tomo II, Barcelona: Bosén Editorial.
- Klaiber, J. *La Iglesia Católica y poder político en el siglo XX*.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. Decimoctava Edición. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Landa, C. (2003). *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. 1ra edición. Lima: Editorial Palestra.
- Larenz, K. (1978). *Derecho Civil* (parte general). Traducción de la 3ra. Edición alemana. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

- Larenz, K. (1980). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Traducción de la 4a edición alemana. Barcelona: Editorial Ariel.
- Latorre, Á. (1976). *Introducción al Derecho*. Séptima Edición. Barcelona: Editorial Ariel.
- León, J. (1973). *Curso elemental de derecho civil peruano*. Lima.
- Macionis, k. M. (2011). *Sociología*. Madrid, España: Pearson educación S.A.
- Mans, Jaime. (1979). *Los principios generales del Derecho*. Barcelona: Bosch.
- Messineo, F. (1954). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo I. Primera edición en español. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Melquiades, C. (2012). *Epistemología Jurídica*. Lima, Perú. Editorial FFECAAT EIRL
- Monroy, M.G. (2010). *Introducción al derecho*. Bogotá, Colombia: Nomos S.A
- Monroy. G. (2003). *Introducción al derecho*. Temis. Madrid.
- Molitor, E. & Schlosser, H. (1975). *Perfiles de la Nueva Historia del Derecho Privado*. Traducción de la 2ª edición alemana. Barcelona: Casa editorial Bosch.
- Navarrete, L. (2002). *Derecho y Sociedad*. Comarca.
- Nino, C. (1980). *Introducción al Análisis del Derecho*. Primera Edición según la Segunda Edición de Editorial Astrea de Buenos Aires. Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Oderigo, M. (1981). *Lecciones de Derecho Procesal*. Tomo I. Reimpresión de la Primera Edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Palacios, G. (1971). *Elementos del Derecho Civil*. Lima.
- Pasquier, Cl. (1983). *Introducción al Derecho*. Lima: Justo Valenzuela.
- Paz, V. (2004). *Estado de Derecho*. Lima.
- Paredes, V. (2012). *Métodos de interpretación jurídica*. En: Revista Quid Juris. Año 6. Volumen N°16. México: Publicación Trimestral del Tribunal Estatal de Chihuahua.
- Pareja, J. (1984). *Derecho constitucional peruano y la constitución de 1979*. Lima.
- Platón, (1987). *La República*. Edit. La Confianza S.A.
- Peniche, F. (1997). *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Editora PORRUA.
- Peña, R. (1983). *Tratado de Derecho Penal*. Volumen I. Tercera Edición. Lima: Tipografía Sesator.
- Peña, P. (2011). *Teoría general del derecho*. Bogotá, Colombia: Ecoe ediciones
- Prieto, L. (2005). *Interpretación Jurídica y Creación Judicial del Derecho*. Primera edición. Lima: PALESTRA-TEMIS
- Portela, M. (1976). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Depalma.

- Puig, J. (1987). *Compendio de Derecho Civil*. Volumen I. BOSCH Casa editorial. Primera edición. Barcelona: BOSCH Casa editorial.
- Puig, J. (1987). *Compendio de Derecho Civil*. Volumen I. Primera edición. Barcelona: BOSCH Casa editorial.
- Santiago, C. *Introducción al Análisis del Derecho*. Editorial Astua.
- Santos, T. (1993). *Teoría del Estado*, UNT, Trujillo.
- Silva, L. (1988). *Fundamentos de la Ciencia política*. Lima.
- Solis, A. (1991). *La investigación jurídica*. Lima: Ed. Prince.
- Torres, A. (1999). *Introducción al Derecho*. Lima: Palestra Editores.
- Torres, A. (2001). *Introducción al Derecho (Teoría General del Derecho)*. Segunda Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A..
- Torres, A. (2011). *Introducción al Derecho*. Lima, IDEMSA. Editores.
- Ramos, C. (2002). *Cómo hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- Radbruch, G. (1989). *Introducción a la Filosofía del derecho*. Bogotá.
- Real Academia española (2014). *Diccionario de la lengua española*. Madrid, España: Author
- Reale, M. (1984). *Introducción al Derecho*. Madrid. España. Ediciones Pirámide S.A.
- René, D. (1968). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Madrid.
- Requena, T. (2004). *Principio de jerarquía normativa*. Madrid: Civitas.
- Rocco, A. (2002). *La Sentencia Civil*. La Interpretación de las Leyes Procesales. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México D.F.: Dirección General de Análisis de Jurisprudencia y Boletín Judicial. Primera edición de este sello editorial.
- Rodriguez, J. (2006). *La relevancia Jurídica del Acuerdo entre La Santa Sede y el Perú. La personalidad jurídica de la iglesia en el Perú y sus implicancias en el ordenamiento peruano*. Editorial Roel S.A.C.
- Rousseau, J. (1966). *El Contrato Social*. Madrid: Taurus.
- Rubio, M. (1984). *El Sistema Jurídico (Introducción al Derecho)*. Primera Edición. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Rubio, M. (1991). *El sistema jurídico: Introducción al Derecho*. Lima.
- Rubio, M. (2006). *El Sistema Jurídico*. Introducción al Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Fondo Editorial.

- Rubio, M. *El sistema Jurídico. Introducción al derecho*. Sexta reimpresión 2006. Colección de textos jurídicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Fondo Editorial.
- Rueda, P. (2011). *Sociología del derecho*. Lima, Perú: Fondo.
- Ruiz, A. (1979). La constitución comentada 1979. Ferrero Costa, Eduardo. El nuevo Derecho del Mar. El Perú y las 200 millas. Lima, Pontificia Universidad Católica Del Perú, 1979. Rubio Correa, Marcial y Bernal Ballesteros, Enrique. Constitución y sociedad política. Lima. Mesa Redonda.
- Tamayo, R. (1986). El Derecho y la Ciencia del Derecho (Introducción a la Ciencia Jurídica)». Universidad Nacional Autónoma de México. Reimpresión de la Primera edición. Ciudad Universitaria, México D.F.
- Tamayo, R. (1989). *La Interpretación de las Leyes*. En Ius et Praxis, Nro. 13. Lima. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima.
- Trabucchi, A. (1967). *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I. Traducción de la 15ª edición italiana. Primera Edición en español. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Trabucchi, A. (1967). *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I. Primera Edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Trinidad, C. (1986). *Apuntes de Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa.
- Torre, A. (1983). *Introducción al Derecho*. Bogotá.
- Torres, A. (1999). *Introducción al Derecho*. Lima: Palestra Editores.
- Truyoli, A. (1977). *Los derechos humanos*. Madrid: Tecnos.
- Valderrama, C. *La capacidad jurídica de la Iglesia Católica*.
- Vernengo, J. (1977). *La Interpretación jurídica*. UNAM. 1ª edición. México: Técnica Editora.
- Vernengo, R. (1977). *La Interpretación jurídica*. UNAM. 1ª edición. México: Técnica Editora.
- Zagrebelsky, G. *El Derecho Dúctil*, Ed. Trotta. Madrid, Pag. 133

Referencias electrónicas

Morerira, M. (2003). ¿Qué es la sociedad?

Recuperado de: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/89004.pdf>

Derqui, D. (s.f). La Justicia.

Recuperado de: https://laicismo.org/data/docs/archivo_1214.pdf

López, S. (1994). Estudio y análisis sobre las Normas Jurídicas.

Recuperado de: http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r20_trabajo-5.pdf

INTRODUCCIÓN A LAS CIENCIAS JURÍDICAS
es una publicación del
Fondo Editorial de la Universidad Católica
Los Ángeles de Chimbote, Perú

**FONDO EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA
LOS ÁNGELES DE CHIMBOTE**

ISBN: 978-612-4308-29-1



9 786124 308291